Karl-Heinz Schmidt

PRIVATRECHTSGESTALTUNG IM VERFAHREN DER FREIWILLIGEN GERICHTSBARKEIT

1974

PRIVATRECHTSGESTALTUNG IM VERFAHREN DER FREIWILLIGEN GERICHTSBARKEIT

I n a u g u r a l - D i s s e r t a t i o n
zur
Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der
Westfälischen-Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von
Karl-Heinz Schmidt
aus Falkenstein / Vogtl.
1974

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Kiefner
Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Jayme
Dekan: Prof. Dr. Kollhosser
Tag der mündlichen Prüfung: 14. Febr. 1974

INHALTSVERZEICHNIS

Seite

EINLEITUNG 1

I Begriff der Privatrechtsgestaltung und ihre hier relevanten Erscheinungsformen 2

1. Begriff der Privatrechtsgestaltung 2
2. Relevante Erscheinungsformen der Privatrechtsgestaltung 3

II Parallelproblematik aus dem Zivilprozeß 4

1. Materiell-rechtliche Grundlagen der zivilprozessualen Privatrechtsgestaltung 4
   a) Der öffentlich-rechtliche Rechtsschutzanspruch 5
   b) Das privatrechtliche Gestaltungsklagerecht 11
   c) Privatrechtsgestaltung ohne materiellem Recht einer Privatperson 12
2. Rechtspolitische Funktion der unterschiedlichen Privatrechtsgestaltungsmöglichkeiten 15
   a) Verwirklichung privater Interessen 16
   b) Verwirklichung vorzugswürdiger öffentlicher Interessen 17

III Problemstellung und Aufbau der Arbeit 18

1. KAPITEL: Möglichkeiten der Privatrechtsgestaltung, Rechtscharakter der ihr zugrunde liegenden Akte und Bedeutung der Rechtsgestaltung im Verfahren der fG überhaupt 2o

I Möglichkeiten der Privatrechtsgestaltung im Verfahren der fG 2o

1. Arten des fG-Verfahrens und Möglichkeit der Privatrechtsgestaltung in ihnen 2o

Seite

2. Gliederung der Privatrechtsgestaltung im Verfahren der fG 23
a) Nach dem Bereich, in dem sie ergeht 23
b) Nach Mitwirkungserfordernissen 25
aa) Das Antragserfordernis 26
bb) Sonstige Mitwirkungserfordernisse 27
cc) Ergebnisse aus dieser Gliederungsmodalität 29
c) Nach inhaltlichen Gesichtspunkten 3o

II Rechtscharakter der der Privatrechtsgestaltung zugrunde liegenden Akte 35

1. Rechtscharakter des fG-Verfahrens 35
2. Rechtscharakter der Privatrechtsgestaltungsakte im Verfahren der fG 39

III Bedeutung der Privatrechtsgestaltung im Verfahren der fG 41

2. KAPITEL: Materiell-rechtliche Grundlagen der Privatrechtsgestaltungsmöglichkeiten im Verfahren der fG 43

I Materiell-rechtliche Grundlage im nichtstreitigen Bereich 43

1. Im amtswegigen Verfahren 44
2. Im Antragsverfahren 46
3. Rechtspolitische Analysen dieser Ergebnisse 48

II Materiell-rechtliche Grundlage der Streitsachen 53

1. Die Regelungsstreitigkeiten 54
a) Kritische Auffassungen 54
b) Uberwiegende Auffassung 56
c) Abwägung dieser Meinungen 57

Seite

d) Eigene Stellungnahme 6o
aa) Rechtliche Struktur des richterlichen Ermessens im Bereich der fG 61
bb) Die Vertragshilfesachen nach dem VHG 68
cc) Die Landpachtsachen 75
dd) Stundung der Zugewinnausgleichsforderung 76
ee) Die Hausratsverteilungssachen 77
ff) Die Wohnungseigentumssachen 82
e) Zusammenfassende Stellungnahme zur materiell-rechtlichen Grundlage der Regelungsstreitsachen 84
2. Sonstiger Streitsachen 86
a) Betrachtung der Rechtsgrundlagen 87
aa) Weite Fassung der Tatbestände 88
bb) "Kann" - Vorschriften 89
b) Einzelne subjektive Privatrechte 92

III Zusammenfassender Vergleich der materiell-rechtlichen Grundlagen 95

3. KAPITEL: Die Gestaltungswirkung der Privatrechtsgestaltung im Verfahren der fG 96

I Begriffliche Abgrenzung der Gestaltungswirkung 96

1. Zur Tatbestandswirkung 96
2. Zur Rechtskraftwirkung 99

II Die Grenzen der Gestaltungswirkung 1o2

1. Objektive Grenzen 1o3
2. Subjektive Grenzen 1o4
a) Grundsatz der absoluten Wirkung 1o4
b) Relativierbarkeit dieser Entscheidungswirkung 1o5
aa) Meinung Goldschmidts 1o5
bb) Meinung Nicklischs 1o8
cc) Schlossers Meinung 11o

Seite

3. Zeitliche Grenzen 116
a) Zeitpunkt des Wirksamwerdens 116
aa) Grundsatz und Ausnahmen 116
bb) Rückwirkung der Gestaltung 117
cc) Vorverlegung der Gestaltungswirkung 118
b) Dauer der Wirkung 119
aa) Aufhebbarkeit bzw. Abänderbarkeit der Gestaltungswirkung durch Gesetz 12o
bb) Durch privates Rechtsgeschäft 121
cc) Durch Richterspruch 127
(1) Innerhalb desselben Verfahrens 128
(2) In einem neuen Verfahren 132
4. Ergebnisse im Hinblick auf die Gestaltungswirkung von privatrechtsgestaltenden fG-Verfügungen 134

4. KAPITEL: Materielle Rechtskraft und Privatrechtsgestaltung im Verfahren der fG 136

I Zulässigkeit der materiellen Rechtskraft im Bereich der fG 136

1. Stand der Meinungen 136
2. Eigene Stellungnahme 137

II Materielle Rechtskraft und privatrechtsgestaltende fG - Entscheidungen 14o

1. Rechtskraftfähigkeit von privatrechtsgestaltenden fG-Entscheidungen 14o
a) Notwendigkeit von materieller Rechtskraft neben der Gestaltungswirkung 14o
b) Materielle Rechtskraft und privates Gestaltungsrecht 143

Seite

2. Abänderbarkeit der Gestaltungswirkung und materielle Rechtskraft 145
a) Abänderbarkeit in einem neuen Verfahren 146
b) Abänderbarkeit in demselben Verfahren 147

III Zusammenfassung der Ergebnisse dieses Kapitels 151

LITERATURVERZEICHNIS

Adomeit, Klaus
- Gestaltungsrechte, Rechtsgeschäfte, Ansprüche
Zur Stellung der Privatautonomie im Rechtssystem,
Berlin 1969

Amtliche Begründung zum Landpachtgesetz (LPG)
- Drucksache Nr. 1812 des deutschen Bundestages, 1. Wahlperiode 1949,
S. 1o ff

Bachof, Otto
- Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht,
JZ 1955/97 ff

Bärmann, Johannes
- "Echtes Streitverfahren" in der freiwilligen Gerichtsbarkeit,
AcP 154/373 ff
zit.: Bärmann, AcP 154
- Freiwillige Gerichtsbarkeit und Notarrecht, Berlin-Heidelberg-New York 1968
zit.: Bärmann
- Wohnungseigentumsgesetz,
München-Berlin 1958
zit.: Bärmann, WEG

Baumbach-Lauterbach
- Zivilprozeßordnung, 3o. Aufl.,
München 197o

Baur, Fritz
- Der Anspruch auf rechtliches Gehör, AcP 153/393 ff
zit.: Baur, AcP

- Der Begriff der Rechtsspre-
chung und die freiwillige
Gerichtsbarkeit,
DNotZ 1955/5o7 ff
zit.: Baur, DNotZ 1955
- Freiwillige Gerichtsbarkeit,
1. Buch, Tübingen 1955
zit.: Baur

Bericht - Bericht über den Verfassungs-
konvent auf Herrenchiemsee
vom 1o. - 23. August 1948,
München 1948

Bettermann, Karl-August - Die freiwillige Gerichtsbar -
keit im Spannungsfeld zwi -
schen Verwaltung und Recht -
sprechung, Festschrift für
Friedrich Lent, München -
Berlin 1957, S. 17 ff
zit.: Bettermann, F.f. Lent
- Verwaltungsakt und Richter -
spruch, Gedächtnisschrift für
Walter Jellinek, München 1955,
S. 361 ff
zit.: Bettermann, F.f. Jelli-
nek

Binder, Julius - Prozeß und Recht,
Leipzig 1927

Blomeyer, Arwed - Zivilprozeßrecht, Berlin -
Göttingen-Heidelberg 1963

Bötticher, Eduard - Abänderbarkeit und Rechtskraft
im Funktionsbereich der frei -
willigen Gerichtsbarkeit, JZ
1956/582 ff
zit.: Bötticher, JZ 1956

- Besinnung auf das Gestaltungsrecht und das Gestaltungsklagerecht, Festschrift für Hans Dölle, Band 1, Tübingen 1963 S. 41 ff
zit.: Bötticher, F.f. Dölle
- Die Bindung der Gerichte an Entscheidungen anderer Gerichte, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages, Band 1, Karlsruhe 1960, S. 511 ff
zit.: Bötticher, F. 100 DJT
- Inwieweit sichern die Art. 102 ff der Reichsverfassung die Unabhängigkeit des Richters und den Rechtsweg, ZZP 51/201 ff
zit.: Bötticher, ZZP 51
- Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft im Zivilprozeß, Berlin 1930
zit.: Bötticher, Kritische Beiträge
- Regelungsstreitigkeiten, Festschrift für Friedrich Lent, München - Berlin 1957 S. 89 ff
zit.: Bötticher, F.f. Lent
- Streitgegenstand und Rechtskraft unter besonderer Berücksichtigung der Wiederholung der Ehescheidungsklage, FamRZ 1957/409 ff
zit.: Bötticher, FamRZ 1957

Breetzke, Ernst - Die Beteiligten im Hausratsverfahren, DRiZ 1956/170 ff

Brox, Hans - Der Schutz der Rechte Dritter bei zivilgerichtlichen Gestaltungsurteilen, FamRZ 1963/392 ff

Diester, Hans - Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht, Köln 1952

Dölle, Hans - Die sachliche Rechtskraft der Gestaltungsurteile ZZP 62 / 281 ff
zit.: Dölle, ZZP 62
- Familienrecht, Band 1, Karlsruhe 1964
zit.: Dölle, Lehrbuch
- Juristische Entdeckungen, in Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages in Düsseldorf 1957, Band 2 Teil B, Tübingen 1958
zit.: Dölle, Verhandlungen des 42. DJT

Duden-Rowedder - Vertragshilfegesetz, München - Berlin 1952

Enneccerus-Nipperdey - Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., 1. Halbband, Tübingen 1959

Erman - Handkommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., 1.u.2. Band, Münster 1967
zit.: Erman u. jeweiligen Bearbeiter

Fenge, Harald - Die materielle Rechtskraft in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Dissertation Marburg 1958

Fischer-Wöhrmann - Das Landpachtgesetz, 2.Aufl., Hamburg 1954

Forsthoff, Ernst - Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 9. Aufl., Band 1, München - Berlin 1966

Friese-Kobler - Gesetz über das Landwirtschaftliche Pachtwesen, Berlin 1952

Gäbelein, Wolfgang - Grenzen der Abänderbarkeit nach § 18 Abs. 1 FGG, Dissertation Frankfurt 1951
zit.: Gäbelein
- Zur Abänderbarkeit von Entscheidungen, JZ 1955/260 ff
zit.: Gäbelein, JZ 1955

Gerold, Horst - Die Stundung des Zugewinnausgleichs, NJW 1960/1744 ff

Goldschmidt, James - Hat das ordentliche Gericht bei späteren Rechtsstreitigkeiten ein Nachprüfungsrecht hinsichtlich der Würdigung der Rechtsnatur eines gemäß den Bekanntmachungen vom 16./17. Dezember 1916 aufgelösten Vertrages durch das Reichsschiedsgericht für Kriegswirtschaft ?
AcP 117/1 ff

Guldener, Max
- Grundzüge der freiwilligen Gerichtsbarkeit der Schweiz, Zürich 1954

Habscheid, Walter J.
- Der Anspruch auf Rechts - pflege
ZZP 67/188 ff
zit.: Habscheid, ZZP 67
- Der Streitgegenstand im Zi - vilprozeß und im Streitver - fahren der freiwilligen Ge - richtsbarkeit,
Bielefeld 1956
zit.: Habscheid, Der Streit - gegenstand
- Die Rechtsprechung zum Ehe - auflösungsrecht einschließ - lich der Judikatur zu den Folgen der Eheauflösung sowie zum Eheprozeß, FamRZ 1964/6off
zit.: Habscheid, FamRZ 1964
- Fehlerhafte Entscheidungen im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, NJW 1966 / 1787 ff
zit.: Habscheid, NJW 1966
- Freiwillige Gerichtsbarkeit, 5. Aufl., München 1971
zit.: Habscheid
- Schiedsverfahren und freiwillige Gerichtsbarkeit, ZZP 66/ 188 ff
zit.: Habscheid, ZZP 66

Henckel, Wolfram
- Parteilehre und Streitgegen - stand im Zivilprozeß, Heidelberg 1961, Heidelberger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, n.F. Heft 8
zit.: Henckel, Parteilehre

- Sanktionen bei Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör,
ZZP 77/321 ff
zit.: Henckel, ZZP 77

Hoffmann-Stephan
- Hausratsverordnung, 2.Aufl., München-Berlin 1965

Jansen, Paul
- FGG, 1. Band, 2. Aufl., Berlin 1969
zit.: Jansen
- FGG, 1.Aufl. (Handkommentar), Berlin 1959
zit.: Jansen, 1. Aufl.
- Zur bindenden Wirkung der Ernennung eines Testamentsvollstreckers durch das Nachlaß - gericht,
NJW 1966/331 ff
zit.: Jansen, NJW 1966

Kamm, Walter
- Die materielle Rechtskraft in der freiwilligen Gerichtsbarkeit,
ZZP 44/84 ff

Kegel, Gerhard
- Rohstoff- und Rüstungskredite,
JZ 1951/385 ff

Keidel, Theodor
- Freiwillige Gerichtsbarkeit,
9. Aufl., München-Berlin 1967

Kellner, Hugo
- Zum Beurteilungsspielraum,
DÖV 1962/572 ff

Klemm, Werner
- Das Schicksal der Ehewohnung und des Hausrats nach der Scheidung,
DR 1944/882 ff

Kollhosser, Helmut - Zur Stellung und zum Begriff der Verfahrensbeteiligten im Erkenntnisverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, München 197o

Kormann, Karl - Zu Friedrich Stein, Grenzen und Beziehung zwischen Justiz und Verwaltung, AöR 3o/253

Kuhnt, G. - Die Regelung des Hausrats nach der Ehescheidung, AcP 15o/13o ff

Kuschmann, Horst - Die materielle Rechtskraft der Gestaltungsurteile, Dissertation Frankfurt/M. 1952

Kuttner, Georg - Die privatrechtlichen Neben - wirkungen der Zivilurteile München 19o8

Lange, Rudolf - Grundstückverkehrsgesetz, 2. Aufl., München-Berlin 1964

Lange-Wulff - Landpachtrecht, München - Berlin 1952

Larenz, Karl - Allgemeiner Teil des bürger - lichen Gesetzbuches, München 1967
zit.: Larenz, AT
- Geschäftsgrundlage und Ver - tragserfüllung, 3.Aufl., München-Berlin 1963
zit.: Larenz, Geschäftsgrundlage
- Lehrbuch des Schuldrechts 1o.Aufl., Band 1, München 197o
zit.: Larenz, Schuldr. I

- Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2.Aufl., Berlin - Heidelberg-New York 1969
zit.: Larenz, Methodenlehre

Lent, Friedrich

- Die sachliche Rechtskraft der Gestaltungsurteile,
ZZP 61/279 ff
zit.: Lent, ZZP 61
- Freiwillige Gerichtsbarkeit, 3.Aufl., München-Berlin 1958
zit.: Lent, Lehrbuch, 3.Aufl.
- Zivilprozeß und freiwillige Gerichtsbarkeit, ZZP 66/267ff
zit.: Lent, ZZP 66

Lent-Jauering

- Zivilprozeßrecht, 15. Aufl. München 197o
zit.: Lent-Jauering, ZPR
- Zwangsvollstreckung- und Konkursrecht, 11. Aufl., München 1969
zit.: Lent-Jauering, ZVR

Lorenz, Karl-Friedrich

- Die materielle Rechtskraft und die Entscheidungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Dissertation München 1954

Lüke, Gerhard

- Zum zivilprozessualen Klagesystem,
Jus 1969/3o1 ff

Maunz-Dürig

- Grundgesetz, Band 1, München 1971

Münzel, Karl - Freiwillige Gerichtsbarkeit und Zivilprozeß in der neueren Entwicklung, ZZP 66/334 ff

Nicklisch, Fritz - Die Bindung der Gerichte an gestaltende Gerichtsentscheidungen und Verwaltungsakte, Bielefeld 1965

Niese, Werner - Beurkundung als Rechtspflegeakt, ZZP 73/1 ff
zit.: Niese, ZZP 73
- Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, Göttingen 1950
zit.: Niese

Nikisch, Arthur - Zivilprozeßrecht, 2.Aufl. Tübingen

Nipperdey, Hans-Carl - Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag, Jena 1920

Palandt - Bürgerliches Gesetzbuch, 31. Aufl., München 1972
zit.: Palandt u. jeweiligen Bearbeiter

Pikart-Henn - Lehrbuch der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Köln-Berlin-Bonn-München 1963

Pohle, Rudolf - Festschrift für Segni, Milano 1967,S. 93 ff

RGRK - Das bürgerliche Gesetzbuch, 11. Aufl.,
II. Band 1.Teil, Berlin 1959
VI. Band, Berlin 1970

1o. und 11. Aufl.
IV. Band, 1. Teil, Berlin 196o
IV. Band, 3. Teil, Berlin 1968
zit.: RGRK und jeweiligen Bearbeiter

Reuss, Hermann - Das Ermessen, DVBl 1953 /585 ff

Reuter, Otto - Die materielle Rechtskraft der Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Dissertation Frankfurt/M. 1947

Rosenberg, Leo - Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 9.Aufl., München-Berlin 1961

Rosenberg-Schwab - Zivilprozeßrecht, 1o. Aufl. München 1969

Rothe, Wolfgang - Möglichkeiten und Schranken der Abänderung von Entscheidungen in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Dissertation Kiel 1964

Saage, Erwin - Vertragshilfegesetz, Berlin - Frankfurt 1952

Scheuerle, Wilhelm A. - Rechtsanwendung, Nürnberg - Düsseldorf 1952

Schlegelberger, Franz - Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbar - keit, 6. Aufl., 1. Band, Köln-Berlin 1952
zit.: Schlegelberger,

Schlosser, Peter	-	Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile, Bielefeld 1966
Schönke-Baur	-	Zwangsvollstreckungs-, Konkurs und Vergleichsrecht, 8.Aufl., Karlsruhe 1969
Schönke-Kuchinke	-	Zivilprozeßrecht, 9.Aufl., Karlsruhe 1969
Schuhmann, Helmut	-	Das Ermessen des Richters im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Dissertation Tübingen 1967
Schwarzhaupt, Elisabeth	-	Die Wirkung der Ehe im allgemeinen, FamRZ 1957/33 ff
Seckel, Emil		Das Gestaltungsrecht des bürgerlichen Rechts, Festgabe der juristischen Gesellschaft in Berlin fur Richard Koch, Darmstadt 1954, S. 2o5 ff
Siber, Heinrich	-	Das Buchrechtsgeschäft nach Reichsgrundbuchrecht, Tübingen 19o9
Siegert	-	Die Rechtskraftfähigkeit von Entscheidungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, ZZP 54/435 ff
Simèon-David	-	Lehrbuch der freiwilligen und streitigen Gerichtsbarkeit, 16.u.17.Aufl., Berlin 1931

Soergel-Siebert - Bürgerliches Gesetzbuch, 1o. Aufl. Band 2, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1967, Band 4, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1968 zit.: Soergel-Siebert u. jeweiligen Bearbeiter

Staudinger - Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 11. Aufl., II. Band, 2. Teil, Berlin 1955 zit.: Staudinger u. jeweiligen Bearbeiter

Stein, Friedrich - Grenzen und Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung, Tübingen 1912

Stein-Jonas-Schönke-Pohle - Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 19.Aufl., Band 1, Tübingen 1964

Thoma, Richard - Handbuch des deutschen Staatsrechts, Band 2, Tübingen 1932

Ule, Carl-Hermann - Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955, S. 3o9 ff

Unger, A. - Die Rechtsmittel im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit nach Reichsrecht, ZZP 37/4o1 ff

Wach, Adolf
- Der Feststellungsanspruch, Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für B. Windscheid, Leipzig 1889, S.4 ff zit.: Wach, F.f. Windscheid
- Der Rechtsschutzanspruch, ZZP 32/1 ff zit.: Wach, ZZP 32
- Handbuch des deutschen Civilprozeßrechts, 1. Band, Leipzig 1885 zit.: Wach, Handbuch

Weitnauer-Wirths
- Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht, 3. Aufl., Berlin - Frankfurt 1969

Westermann, Harry
- Die richterliche Ermessensentscheidung als Entscheidung des materiellen Rechts, aus dem Bericht über die Tagung deutscher Zivilrechtslehrer in Bad Bertrich vom 17. - 19.1o.1952 AcP 152/445 ff zit.: Westermann, AcP 152
- Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht, Münster 1955 zit.: Westermann, Streitentscheidung

Windscheid, Bernhard
- Die actio des römischen Civilrechts vom Standpunkt des heutigen Rechts, Düsseldorf 1856

Wolff, Hans J.
- Über die Gerechtigkeit als principium juris, Festschrift

für Wilhelm Sauer, Berlin
1949, S. 1o3 ff
zit.: Wolff, F. f. Sauer

- Verwaltungsrecht, Band I ,
8. Aufl., München 1971
zit.: Wolff

Zimmermann - Ein neuer Verfahrenstyp
in der freiwilligen Ge -
richtsbarkeit,
Rpfleger 1962/42 ff

Die Abkürzungen folgen der 2. Auflage des " Abkürzungs -
verzeichnis der Rechtssprache " von Hildebert Kirchner,
Berlin 1968

EINLEITUNG

Durch ihre Thematik stellt sich diese Untersuchung in den Rahmen der im Vergleich zur übrigen Rechtswissenschaft verhältnismäßig jungen Diskussion über die Rechtsgestaltung. So wird vor allem das Gestaltungsrecht als neue Kategorie der subjektiven Rechte erst als dogmatische Entdeckung der achtziger Jahre des letzten Jahrhunderts gefeiert [1]. Meist in Anlehnung an diese neuentdeckten Rechte betrachtet, erfuhren dann auch die Klagearten des Prozeßrechts eine weitergehende Differenzierung [2]. In diesem Sinne orientierte sich zwar zunächst der Begriff der "gestaltenden Gerichtsentscheidung" an den bis dahin bereits dogmatisch gefestigten Erscheinungen des Zivilprozesses, nahm aber dann im Laufe der Zeit auch Einzug in weiteres, vor allem aber in neuhinzugekommenes Verfahrensrecht.

Diese Entwicklung gibt auch den Ausschlag dafür, daß der themagerechten Untersuchung im Hauptteil der Arbeit einige sachnahe Parallelprobleme des Zivilprozesses zur Erläuterung der Rechtsgestaltung im Bereich der fG vorangestellt werden. Auch aufgrund des gemeinsamen dogmatischen Ausgangspunktes ist das zum Verständnis der Privatrechtsgestaltung im Verfahren der fG nötig.

Die folgende Einleitung umfaßt deshalb neben einer allgemeinen Begriffsbestimmung der Privatrechtsgestaltung und der Feststellung ihrer hier relevanten Erscheinungsformen am Anfang und einer Stellungnahme zu Problemstellung und Aufbau dieser Arbeit am Schluß, eine Behandlung der den Hauptteil weiterführenden Parallelprobleme des Zivilprozeßrechtes.

---

1) Dölle, Verhandlungen des 42.DJT, B 1o ff

2) Im einzelnen: Schlosser, aaO, S. 18 ff

I Begriff der Privatrechtsgestaltung und ihre hier relevanten Erscheinungsformen

1. Begriff der Privatrechtsgestaltung

Die Gesamtheit der privatrechtlichen Beziehungen ergibt sich aus Privatrechtsgeschäften und der Summe der Normen, die die Rechtsordnung zur Regelung der Rechtsbeziehungen der Privatpersonen untereinander verwendet. Privatrechtsgestaltung setzt sich deshalb zunächst einmal im Gegensatz zu den durch Normen des öffentlichen Rechts geschaffenen Rechtsbeziehungen. Der öffentliches Recht gestaltenden Tätigkeit wird daher die privatrechtsgestaltende Handlung gegenübergestellt.

Im übrigen bedeutet die Gestaltung einer Privatrechtslage begrifflich, daß privatrechtliche Beziehungen in irgendeiner Weise entstehen, aufgehoben oder abgeändert werden. Dabei ist es ohne Bedeutung, daß unter Umständen dieser Erfolg nur bei Vornahme einer Mitwirkungshandlung herbeizuführen ist [3], wenn die gestaltende Wirkung selbst bloß die Folge der darauf gerichteten Handlung ist. Handlung ist hier im Sinne von Bewirkung zu verstehen, das heißt, daß der privatrechtsgestaltenden Handlung begriffsimmanent ist, daß der Eintritt der konkreten Änderung der Rechtslage letztlich von einer darauf gerichteten Äußerung des Gestaltungsbefugten abhängig ist und jeder von ihr Betroffene ihr unterworfen ist [4]. Die Vornahme der Gestaltung bedeutet deshalb im Grundsatz immer einen einseitigen Einbruch in die Sphäre des Gestaltungsgegners [5]. Die Gestaltungswirkung selbst muß zumindest auf ein entsprechendes erfolgbezogenes Handeln des Gestaltungsbefugten zurückzuführen sein [6]. Aus der Gewährung der Gestaltungsbefugnis an ihn soll

---

3) Wie etwa der Antrag auf Erlaß eines Fürsorgeaktes; vergl. S. 46 ff

4) So gesondert für die privaten Gestaltungsrechte: Bötticher, F.f. Dölle, S. 41 (45 ff)

5) So im Anschluß an Seckel,aaO, S. 2o5 ff heute: Bötticher, F.f. Dölle, S. 41 (43ff); Larenz, AT § 19 I 7; Enneccerus-Nipperdey,aaO, § 73 I 3; abweichend Adomeit,aaO, S.1o ff, der auch den mehrseitigen Einbruch in die Rechtsspäre als Gestaltung anerkennt.

6) Zweifelhaft daher: Enneccerus-Nipperdey,aaO, § 73 I 3 Anm. 11; siehe vielmehr: Bötticher, F.f. Dölle, S. 41 (46 Anm. 9 m.w.N.): Abgrenzung privates Gestaltungsrecht und privates Anwartschaftsrecht:der Gestaltungsrechtsinhaber vollendet den Rechtserwerb unmittelbar durch eigenes Handeln, dagegen

es letztlich nur von ihm abhängen, welchen Rechtsfolgen er sich und seine Gestaltungsgegner aussetzt.
Ausdrücklich wird in diesem Zusammenhang die Terminologie des Gestaltungs"berechtigten" vermieden. Zumindest insoweit, als materiell-rechtlich die Gestaltung allein vom Spruch des fG - Richters abhängt, liegt der Gestaltung kein subjektives Recht zugrunde. Es besteht insoweit keine Rechtsinhaberschaft. Der fG-Richter ist lediglich kraft seiner Amtsstellung vom Gesetz zur Gestaltung befugt. Der Begriff der Berechtigung wäre hier zu eng. Eine ins einzelne gehende Differenzierung erfolgt weiter hinten.(7)
Die Privatrechtsgestaltung besteht danach also in der Begründung, Änderung oder Aufhebung einer Privatrechtslage allein durch eine Handlung des Gestaltungsbefugten, aber auch im Zusammenwirken mit solchen Handlungen, die die konkrete Gestaltung allein nicht herbeiführen können.
In diesem Sinne soll nun Privatrechtsgestaltung verstanden werden, wenn im folgenden von ihr die Rede ist.

2. Relevante Erscheinungsformen der Privatrechtsgestaltung
Aus der Rechtsordnung in ihrer Gesamtheit sind nun unter Zugrundelegung dieser Definition die relevanten Erscheinungsformen der Privatrechtsgestaltung zu konkretisieren.
Hierzu ergibt sich ganz allgemein, daß nicht nur Privatpersonen, sondern auch Rechtssubjekte des öffentlichen Rechts in der Lage sind, privatrechtsgestaltend tätig zu werden. So zeigt sich, daß von wenigen rein öffentlich-rechtlichen Gebieten abgesehen (8), auch die Verwaltung weitgehend in der Lage ist, privatrechtsgestaltende Entscheidungen zu erlassen (9).
Aus der Themenstellung ergibt sich aber, daß hier die Privatrechtsgestaltung im Bereich der Gerichtsbarkeit zu behandeln ist. Da es sich dabei, wie oben noch näher zu erläutern ist (10), zumindest um Rechtspflegeakte handelt, die also schon funktionell im Gegensatz zur Verwaltung stehen, sind diese Bereiche schon hier auszuklammern.

---

kann der Anwärter seine Rechtstellung in der Regel nicht ohne Verpflichtung eines anderen zum Vollrecht ausbauen.
7) Vergl. S. 11 ff u. S. 43 ff
8) Wie etwa das Steuerrecht
9) Insbesondere im Arbeits- u. Wirtschaftsrecht
1o) Siehe S. 38

In gleichem Maße irrelevant sind die Privatrechtsgestaltungs - möglichkeiten, die aufgrund privatem Rechtsgeschäft oder ge - schäftsähnlicher Handlungen von Privatpersonen vorgenommen werden können, weil die Rechtsordnung eine derartige Rechts - folge an diese Handlung knüpft. Gemeint ist die Gestaltung auf- grund privatem Gestaltungsrechts. Diese Rechtspositionen er - mächtigen nahezu zu einer Art von Selbsthilfe und bedürfen also zur Erlangung ihrer Wirkung gerade keines hoheitlichen Aktes.
Aber auch der noch verbleibende Bereich der Gerichtsbarkeit bedarf im Hinblick auf die zu bearbeitende Thematik noch ge - wisser Einschränkungen. Wie gleichfalls noch eingehender fest- zustellen ist [11], dient das Verfahren der fG vor allem der Verwirklichung der Privatrechtsordnung. Es handelt sich des - halb in diesem Zusammenhang um Zivilverfahrensrecht, wenn auch in einem weiteren Sinne. Diese Feststellung schließt aber gem. § 13 GVG insbesondere die Privatrechtsgestaltung der Strafge- richtsbarkeit [12] als relevante Erscheinungsformen aus und bewirkt gleiches für die Verwaltungsgerichtsbarkeit [13], in- dem sie sich in Gegensatz zu ihr stellt. Wenn es also im fol- genden um Privatrechtsgestaltung geht, so wird sie vorgenom - men durch Zivilgerichtsakte im weiteren Sinne.
Auch hier wird die Nähe zum Zivilprozeß sichtbar. Nicht nur aufgrund der historischen Entwicklung, sondern auch aus der Sache ist es deshalb angebracht, der Untersuchung der Privat- rechtsgestaltungsakte im Verfahren der fG Parallelprobleme der zivilprozessualen Gestaltungsurteile voranzustellen, zumal im Zivilprozeß nach heute herrschender prozessualer Rechtskraft - theorie nur die Gestaltungsurteile auch Gestaltungswirkung äußern [14].

II Parallelproblematik aus dem Zivilprozeß

1. Materiell-rechtliche Grundlagen der zivil- prozessualen Privatrechtsgestaltung

Gerade in einem modernen Rechtsstaat, wie ihn das Grundgesetz

---

11) Siehe S. 38/39
12) Z.B. aus § 4o StGB oder §§ 29o, 292 StPO
13) Wie die Aufhebung eines privatrechtsgestaltenden Verwal - tungsaktes
14) BGHZ 34/337 (339), 36/365 (367)

für die Bundesrepublik konstituiert, ist alle Staatstätigkeit rechtlich gebunden und jede privatrechtliche Einflußnahme der Bürger aufeinander verdankt ihre Geltungskraft der vorhandenen Rechtsordnung. Deshalb haben auch die zivilprozessualen Gestaltungsentscheidungen eine materiell-rechtliche Grundlage. Einhellig geht man davon aus, daß es bei diesen Klagen meist um die Verwirklichung behaupteter subjektiver Rechte des Klägers geht, daß es aber auch zivilprozessuale Privatrechtsgestaltung gibt, bei der die Verwirklichung eines materiellen Rechts einer Privatperson zumindest zweifelhaft ist [15].

Wie noch im einzelnen darzulegen ist [16], ist es insbesondere auch für den Bereich der fG fraglich, ob es dabei materiell-rechtlich um die Verwirklichung behaupteter subjektiver Rechte eines Beteiligten geht. Ein vergleichender Blick ins Zivilprozeßrecht könnte deshalb zur Erhellung der materiell-rechtlichen Grundlagen der Privatrechtsgestaltung im Rahmen der fG wichtig sein.

Ausgehend davon, daß der Zivilprozeß meist der Verwirklichung eines subjektiven Rechts des Klägers dient, ergibt sich bereits hier, daß materiell-rechtlich der Privatrechtsgestaltung durch Entscheidungen im Zivilprozeß meist ein subjektives Recht des Klägers zugrunde liegt. Erhellend für die materiell-rechtlichen Grundlagen der Privatrechtsgestaltung im Verfahren der fG wird diese Feststellung aber nur dann sein, wenn klar liegt, wie diese Berechtigung rechtlich zu charakterisieren ist. Das subjektive Recht des Klägers auf eine privatrechtsgestaltende Entscheidung im Zivilprozeß bedarf deshalb einer weiter ins Einzelne gehenden Untersuchung.

a) Der öffentlich-rechtliche Rechtsschutzanspruch

Wie einerseits Bötticher [17] resignierend bestätigt und andererseits Schlosser [18] als richtig begrüßt, erweist sich der öffentlich-rechtliche Rechtsschutzanspruch als materiell-rechtliche Grundlage der zivilprozessualen Gestaltungsklagen weiterhin als "wetterfest".

---

15) So im Entmündigungs- u. Aufgebotsverfahren
16) Vergl. S. 43 ff
17) Bötticher, F.f. Dölle, S. 41 (54)
18) Schlosser, aaO, S. 378

Nachdem in den dreißiger Jahren die Zahl der Vertreter des Rechtsschutzanspruchs immer mehr zurückging, erlebt er jetzt gewissermaßen eine Renaissance. Einen überzeugten Vertreter fand er z.B. in Pohle [19], der im Rechtsschutzanspruch einen öffentlich-rechtlichen Anspruch gegen den Staat auf eine günstige Entscheidung sieht. Dieser Anspruch könne, so Pohle, sowohl dem Kläger als auch dem Beklagten zustehen, je nach dem, für wen die Rechtslage günstig sei. Er könne auch schon vor dem Prozeß entstehen, wenn die materiellen und prozessualen Anspruchsvoraussetzungen vorlägen. Sein nachprozessuales "Liquidewerden" hindere nicht seine vorprozessuale Existenz.

Diese auf Wach [20] zurückgehende Erkenntnis hat neurdings Schlosser [21] für den Bereich der Gestaltungsklagen nutzbar zu machen versucht. Für ihn ist die materiellrechtliche Grundlage der durch die Gestaltungsklagen eröffneten Privatgestaltungsmöglichkeiten ein gegen das Gericht bestehendes subjektives öffentliches Recht, das eine Gestaltung durch das Gericht zum Ziele hat. Diesen Anspruch als Rechtsschutzanspruch anzuerkennen, ist danach nur noch eine terminologische Frage.

Zur Begründung seiner Auffassung setzt Schlosser sich weitgehend mit den Argumenten der Gegenmeinung auseinander. Im Zusammenhang mit der Ein-beziehung des Rechtsschutzanspruches in die Streitgegenstandslehre weist er z.B. mit Recht darauf hin, daß es auch andere Verfahren gibt, in denen das Gericht als eigentliches Passivsubjekt des geltend gemachten Anspruches nicht die Beklagtenrolle innehat [22]. Somit könne es im Hinblick auf den Streitgegenstandsbegriff garnicht darauf ankommen, daß auch hier das Gericht nicht Verfahrenspartei sei.

Der Identifizierung des Rechtsschutzanspruches mit dem Streitgegenstand des Zivilprozesses steht jedoch vor allem entgegen, daß das Gericht überhaupt Passivsubjekt des Anspruches ist.

---

19) Pohle, aaO, S. 93 ff u. Stein-Jonas-Schönke-Pohle, aaO, Einl. E I 3
20) Wach, F.f. Windscheid, S. 14 (15 ff) und ZZP 32/1
21) Schlosser, aaO, S. 366 ff
22) Schlosser, aaO, S. 375 ff

Damit wird den Parteien nämlich die ihnen weitgehend eingeräumte Dispositionsbefugnis über den Streitgegenstand entzogen [23]. Weder könnten sie sich vergleichen oder den Rechtsstreit für erledigt erklären, noch könnte der Beklagte einen Anspruch anerkennen. Somit liegt also das eigentliche Hindernis nicht in der Tatsache, daß das Gericht nicht Partei des Rechtsstreites ist, sondern darin, daß es Passivsubjekt des geltend gemachten Anspruches sein muß.
Weiter erkennt Schlosser zwar die Ungewöhnlichkeit des Rechtsschutzanspruches an, die darin besteht, daß er außerprozessual entstanden ist, aber außerhalb eines Prozesses nicht befriedigt werden kann [24]. Er bewertet diese Tatsache jedoch nur als Beweis dafür, daß es sich hier genauso um ein subjektiv-öffentliches Recht handele, wie sie im übrigen unstreitig im Rahmen des Verwaltungsrechts geltend gemacht werden können. Es liege eben im Wesen des öffentlichen Rechts, daß nur dann die Gewähr gegebensei, daß weder Rechte des Betroffenen noch Rechte Dritter verletzt würden, wenn derartige subjektive Rechte nur in einem geordneten Verfahren geltend gemacht werden könnten.

Doch gerade weil es sich hier um einen öffentlich-rechtlichen Anspruch handelt, wird für den Berechtigten auch die Möglichkeit der Erzwingbarkeit dieser Rechtspositionen zu verlangen sein. Gerade das ist aber beim Rechtsschutzanspruch nicht gewährt [25]. Dadurch, daß er nur prozessual geltend gemacht werden kann und das Gericht dabei Passivsubjekt des Anspruches ist, ist nämlich kein unabhängiges Organ jenseits vom Berechtigten und Anspruchsgegner zur Entscheidung über diesen Anspruch berufen. Das gilt auch in Bezug auf das Rechtsmittelgericht, denn der Rechtsschutzanspruch richtet sich ja ebenso gegen diese Instanz und macht sie so zum Passivsubjekt. Da der Rechtsschutzanspruch also nicht erzwingbar ist, schließt er sich selbst aus von dem allgemein herrschenden öffentlich-rechtlichen Anspruchsbegriff.

---

23) Rosenberg-Schwab, aaO, § 3 II 2 b
24) Schlosser, aaO, S. 379
25) Rosenberg-Schwab, aaO, § 3 II 2 a

Im übrigen identifiziert Schlosser den Rechtsschutzanspruch mit einem Vollstreckungsanspruch (26). Anders als bei den Leistungsklagen, so führt er aus (27), gewähre das Gesetz den Vollstreckungsanspruch bei den Gestaltungsklagen nur unmittelbar, weil man hier auf die Vorstellung eines zwischen Kläger und Beklagten bestehenden Zivilrechts verzichten könne. Die richterliche Gestaltung sei also "unmittelbare Vollstreckung" unter Aufgabe eines betroffenen Zivilrechts, zu dessen Gunsten vollstreckt werden könne.

Mit Hilfe dieses für Leistungs- und Gestaltungsklagen angeglichenen Vollstreckungsanspruchs erarbeitet Schlosser dann eine neue Einteilung der Klagearten und stellt in diesem Rahmen eine weitreichende Einheitlichkeit des Streitgegenstandsbegriffs fest (28). Wenn er dabei auch eine Zäsur zur Feststellungsklage nicht vermeiden kann, gelingt es ihm trotzdem in gewisser Weise der herrschenden Lehre entgegenzutreten, die davon ausgeht, daß die Annahme eines öffentlich-rechtlichen Rechtsschutzanspruches einen Verzicht auf eine einheitliche Streitgegenstandslehre bedeutet (29). Nach Auffassung Schlossers birgt der Begriff des Rechtsschutzanspruchs im Gegenteil sogar noch einen besonderen Erkenntniswert für die Bestimmung des Streitgegenstandes (30).

Was die Möglichkeit eines derartigen Vollstreckungsanspruchs überhaupt angeht, so wird auch im übrigen seine Existenz teilweise bejaht (31). Unterschiedlicher Meinung ist man aber einmal über den Zeitpunkt seiner Entstehung und zum anderen über seinen Inhalt.

Anders als Schlosser ist man sonst meist der Auffassung, daß der Vollstreckungsanspruch erst mit dem Augenblick entstehen kann, in dem ein vollstreckbarer Titel vorliegt (32). Richtig ist, daß ein Anspruch erst besteht, wenn alle anspruchsbe -

---

26) Schlosser, aaO, S. 373
27) Schlosser, aaO, S. 373 u. 378
28) Schlosser, aaO, S. 373/374
29) Habscheid, Der Streitgegenstand, § 8 I 7 u. II 1 m.w.N.
30) Schlosser, aaO, S. 377/378
31) So ausdrücklich bei: Rosenberg, aaO, § 17e; Schönke-Baur, aaO, § 1 II 3; ablehnend aber Lent-Jauering, ZVR § 1 IV
32) Rosenberg, aaO, § 17o II 2; Schönke-Baur, aaO, § 1 II 3

gründenden Voraussetzungen vorliegen. Selbst Schlosser räumt jedoch ein, daß der vollstreckbare Titel zumindest Anspruchsvoraussetzung des Vollstreckungsaktes ist. Erst er legt aber auch die Berechtigung und den Umfang der Vollstreckung überhaupt fest. Vor seinem Erlaß liegt sowohl das "Wie" als auch das "Ob" der Vollstreckung völlig im Dunkeln. Die Existenz eines Anspruchs auf eine einigermaßen bestimmte Vollstreckung ist deshalb vor diesem Zeitpunkt zu verneinen. Der Vollstrekkungsanspruch als Rechtsschutzanspruch muß aber einen bestimmten Inhalt haben, um eine günstige Entscheidung zu gewährleisten.

Gerade auch in Bezug auf seinen Inhalt ist mit Rosenberg (33) zu bezweifeln, ob dieser Vollstreckungsanspruch überhaupt ein Recht auf eine günstige Entscheidung, daß heißt hier auf eine Verwirklichung des privatrechtlichen Anspruchs gewähren kann (34). Auch wenn dem Einzelnen ein Anspruch auf Staatshilfe als Ersatz für die verbotene Selbsthilfe zuzubilligen ist, so kann das doch nicht bedeuten, daß der Staat auch für die effektive Durchsetzbarkeit bzw. Verwirklichung des Privatanspruchs verantwortlich sein soll. Nur dann hat aber eine Vollstreckung bzw. eine Gestaltung einen für den Gläubiger günstigen Erfolg. Deshalb muß sich dieser Anspruch ausschließlich auf eine Pflicht des Staates zum Tätigwerden beschränken (35).

Im Ergebnis handelt es sich somit bei diesem von Schlosser erarbeiteten Vollstreckungsanspruch um den sogenannten Justizanspruch (36). Das ist ein heute allgemein anerkannter (37), öffentlich-rechtlicher Anspruch der Parteien gegen die Gerichte auf Ausübung der Rechtspflege, das heißt auf Gewährung von Rechtsschutz und bei Entscheidungsreife auch auf Erlaß einer Entscheidung nach Maßgabe des Gesetzes. Dieser Anspruch liegt damit aber konsequenterweise nicht dem Vollstreckungsverfahren,

---

33) Rosenberg,aaO, § 17o II 2
34) So aber wohl: Schlosser,aaO, S. 374/375
35) Ebenso: Schönke-Baur,aaO, § 1 II 3
36) Ebenso: Rosenberg-Schwab,aaO, § 3 I
37) Baur,aaO,AcP 153/393 ff; Habscheid,aaO, ZZP 67/188 ff; BVerfGE 3/359 (364),1o/3o2 (3o6)

sondern dem Erkenntnisverfahren, also auch den Gestaltungs - klagen zugrunde. Materiell-rechtliche Grundlage ist er je - doch gemäß seines Inhalts nur in Bezug auf das Verfahren, nicht aber für eine bestimmte Entscheidung. Infolgedessen kann er auch nicht fur die Bestimmung des Streitgegenstandes nutzbar gemacht werden. Der von Schlosser in Anspruch genommene Voll- streckungsanspruch zeigt also weder Erkenntniswert für den Streitgegenstandsbegriff, noch zwingt er zur Anerkennung eines Rechtsschutzanspruches.

Zusammenfassend ergibt sich vielmehr, um auf den Ausgangspunkt zurückzukommen, daß die von der herrschenden Lehre dem Rechts- schutzanspruch entgegen gebrachten Bedenken auch durch Schlos- sers eingehende Untersuchung der Gestaltungsklagen nicht über- wunden werden konnten. Vielmehr ist Schwab [38] zu folgen, wenn er sagt, daß die Lehre vom Rechtsschutzanspruch entbehr - lich ist, weil schon das subjektive Privatrecht in Verbindung mit dem Justizanspruch die Brücke zwischen dem materiellen Recht und dem Prozeßrecht schlägt, ohne daß es eines Rück - griffs auf einen Rechtsschutzanspruch bedarf. Eine wesent - liche Eigenschaft der subjektiven Privatrechte selber ist näm- lich deren Klagbarkeit, soweit der Gesetzgeber nicht ausnahms- weise die Selbsthilfe erlaubt hat. Damit ist aber das Recht auf Durchsetzung schon eine im Grundsatz dem subjektiven Privat - recht immanente Befugnis. Diese Befugnis wird prozessual er - gänzt durch den Justizanspruch. Durch ihn wird die Durchsetz- barkeit auch öffentlich-rechtlich gewährleistet; denn die be- reits im materiellen Recht verankerte Durchsetzbarkeitsbefug - nis betrifft ja nur das Privatrechtsverhältnis. Beides zusam - men gibt dem Rechtsinhaber also genügend Schutz zur Durch - setzung seiner Rechte an die Hand. Einerseits kann er seinem Gegner gegenüber aus dem Privatrecht die Durchsetzung erstre - ben, wozu ihm andererseits aus seinem Justizanspruch das Ge - richt verpflichtet ist zu helfen.

Die Annahme eines Rechtsschutzanspruchs als materiell-recht - liche Grundlage der Privatrechtsgestaltung durch Entscheidung im Zivilprozeß ist deshalb auch aus dem gesamten Verständnis

---

38) Rosenberg-Schwab, aaO, § 3 II 2 d

des Zivilverfahrensrechts nicht nur bedenklich, sondern auch überflüssig.

b) Das privatrechtliche Gestaltungsklagerecht

Wenn sich für das Prozeß- und Vollstreckungsrecht heute eine öffentlich-rechtliche Betrachtungsweise durchgesetzt hat, so gilt das nur insoweit, als sich der Justizanspruch von dem subjektiven Privatrecht getrennt hat. Wie oben bereits angedeutet, hat eine zivilprozessuale Gestaltungsklage nur deshalb Aussicht auf Erfolg, weil der Kläger darzutun vermag, daß ihm nach den Vorschriften des materiellen Privatrechts ein Recht auf diese Gestaltung zusteht. Die günstige Entscheidung ist daher die Folge eines subjektiven Privatrechts des Klägers.

Die Notwendigkeit dieser Verlagerung des Akzentes von der vorwiegend prozessualen Betrachtungsweise des aktionenrechtlichen Denkens auf eine primär materiell-rechtliche Betrachtungsweise der Berechtigung auf das durch die Klage Begehrte betonte schon Windscheid (39). So läßt er, eine neue rechtswissenschaftliche Auffassung begründend, die actio, das Klagerecht des römischen und des älteren gemeinen Rechts, in dem von ihm konzipierten und dem BGB zugrunde liegenden Anspruchsbegriff aufgehen. Für ihn ist das subjektive Privatrecht das primäre, die Möglichkeit seiner klageweisen Durchsetzung das sekundäre. Der Prozeß hat die Aufgabe, das vorprozessual gegebene materielle Recht außer Zweifel zu stellen und zu verwirklichen.
Diese Auffassung hat sich weitgehend durchgesetzt und überwiegt auch heute (40), obwohl sie immer wieder mit Gegenströmungen zu kämpfen hatte (41). Grundsätzlich können zivilprozessuale Gestaltungsentscheidungen also deshalb ergehen,

---

39) Windscheid, aaO, Vorwort und § 1
40) So mit Nachdruck: Bötticher, F.f. Dölle, S. 41 (54 ff) u. im Anschluß daran ausdrücklich: Rosenberg-Schwab, aaO, § 95 I 2; Larenz AT, § 19,7; aber auch Enneccerus-Nipperdey, aaO, § 73 I 3; Lent, ZZP 66/267 ff
41) Binder, aaO, S. 12, 1o4 ff, 314 u. 333 ff; Schlosser, aaO, S. 366 ff; Lüke, Jus 1969/3o1 (3o5 ff)

weil ihnen ein subjektives Privatrecht auf die Gestaltung zugrunde liegt. Der Beklagte hat also diesen Eingriff nicht schon deshalb zu dulden, weil er der Gerichtsbarkeit unterworfen ist (42), sondern deshalb, weil der Richter aufgrund des Privatrechts des Klägers in der Lage war, eine derartige Entscheidung zu treffen. Diese Berechtigung nennt Böttticher (43) bezeichnenderweise "Gestaltungsklagerecht". Dieser Terminologie ist zuzustimmen, denn dieses Recht unterscheidet sich nur insofern von den privaten Gestaltungsrechten, als seine Verwirklichung immer einer gerichtlichen Entscheidung bedarf.

Die materiell-rechtliche Grundlage der Privatrechtsgestaltung im Zivilprozeß ist in der Regel also ein privates Gestaltungsklagerecht.

c) Privatrechtsgestaltung ohne materiellem Recht einer Privatperson

Daneben wurde oben (44) aber bereits angedeutet, daß es im Zivilprozeß auch privatrechtsgestaltende Entscheidungen gibt, in denen das Zugrundeliegen eines materiellen Rechts, vorsichtig ausgedrückt, zumindest zweifelhaft ist. Es handelt sich dabei um Entscheidungen im Zuge des Entmündigungsverfahrens gemäß §§ 645 ff ZPO und des Aufgebotsverfahrens gemäß §§ 946 ff ZPO.

Zunächst wird man wohl kaum behaupten können, daß ihnen ein privates Gestaltungsklagerecht zugrunde liegt. Einerseits kann aus der Rechtsordnung nämlich niemand ein privates Recht auf Entmündigung geltend machen (45). Das gilt ebenso für den Antragsteller, der höchstens ein Interesse an der Gestaltung haben kann, wie für Außenstehende. Zum anderen gewährt auch das Aufgebotsverfahren kein Recht auf Anmeldung oder Ausschluß gegenüber einer Privatperson; denn im Aufgebotsverfahren wird weder um eine dahingehende Behauptung des Antragstellers gestritten, noch können die Auszuschließenden eine Streitgenossenschaft bilden.

---

42) Henckel, Parteilehre S. 33
43) Böttticher, F.f. Dölle S. 41 (54 ff)
44) Siehe S. 5
45) So ausdrücklich: Lent-Jauering, ZPR § 93 I; Nikisch, aaO, § 141 I u. im Ergebnis wohl auch: Rosenberg-Schwab, aaO, § 17o I 3; Blomeyer, aaO, § 122 I 2

Auszugehen ist also davon, daß niemand ein privates Recht auf diese Privatrechtsgestaltung innehat, andererseits das Gericht bei Vorliegen der Voraussetzungen aber verpflichtet ist, die gestaltende Entscheidung zu erlassen. Sollte dieser Pflicht deshalb das Recht eines Einzelnen korrespondieren, so kann es sich nur aus dem öffentlichen Recht ergeben, zumal auch alleiniges Zuordnungssubjekt dieser Pflicht ein Träger hoheitlicher Gewalt ist (46). Ein öffentliches Recht einer Privatperson auf die Privatrechtsgestaltung würde aber die Anerkennung eines Rechtsschutzanspruches in diesem Bereich bedeuten (47).

Nun ist man sich heute im wesentlichen einig, daß sowohl das Entmündigungsverfahren als auch das Aufgebotsverfahren der fG näher stehen als dem Zivilprozeß. Von der Sache her sind also beide Verfahren in der ZPO deplaziert. Das ändert aber nichts daran, daß sie tatsächlich dem Zivilprozeßrecht unterstellt sind und deshalb auch seinen Grundsätzen unterliegen (48). Inwieweit in dieser Problematik dennoch Übereinstimmungen mit der fG bestehen, ist im Hauptteil festzustellen. Insgesamt befriedigt diese Situation in ihrer Gespaltenheit aber in keiner Weise.

Vorauszusetzen ist also, daß hier zivilprozessuale Verfahren infrage stehen. Da aber keine privaten Rechte der Beteiligten in Streit sind, passen die oben dem Rechtschutzanspruch entgegengebrachten Argumente in weitem Umfange nicht mehr. Dennoch widerspricht es im Ergebnis dem gesamten Verständnis des Zivilprozeßrechts, hier einen derartigen öffentlich-rechtlichen Anspruch zuzulassen. Immer geht es dabei nämlich um privatrechtliche Beziehungen. Wenn der Gesetzgeber es deshalb vermieden hat, die privaten Rechtspositionen der Beteiligten so auszubauen, daß sie ein privates Recht auf die Gestaltung haben, dann wird man wohl kaum davon ausgehen können, daß er das gleiche Ergebnis, nämlich konkrete Regelung privater Rechtsbeziehungen, durch den Umweg der Verleihung eines öffentlichen Rechts erreicht sehen will. Näherliegend ist, daß dann auch

---

46) Siehe im einzelnen: Wolff, § 21 II c
47) Denn der Justizanspruch beinhaltet kein Recht auf eine bestimmte Entscheidung: siehe S. 9
48) RGZ 135/185, BGHZ 43/396 und RGZ 121/21

keine Privatperson ein Recht auf Verwirklichung dieser Rege - lung haben soll, sondern daß sie vielmehr allein dem pflicht - gemäßen Handeln des Richters anheimgestellt ist. Zuzustimmen ist deshalb der Auffassung von Lent (49) der darauf hinweist, daß in diesen Fällen der Antragsteller kein eigenes Recht geltend macht, sondern den Richter nur anregt, eine etwaige Pflicht zu erfüllen.

Seine Bestätigung findet dieses Ergebnis auch im Zweck dieser Verfahren selbst. So ist zunächst mit Wolff (5o) davon auszugehen, daß anders als im Privatrecht, in dem Verpflichtung und Berechtigung einander fast stets derart korrespondieren, daß die Pflicht des einen dem Recht des anderen entspricht, im öffentlichen Recht durchaus nicht jeder Verpflichtung eines Ho - heitssubjektes auch eine Berechtigung einer Privatperson ent - spricht. Wenn es nämlich nicht um den Ausgleich von Allgemeininteressen mit kollidierenden Privatinteressen geht, sondern die Aufrechterhaltung und Verbesserung der objektiven Ordnung selbst im Vordergrund steht, dann geschieht das allein im öf - fentlichen Interesse. Auf die Wahrung dieses ausschließlich öffentlichen Interesses hat in der Regel kein Einzelner ein subjektives Recht. Bezweckt also die Durchführung des Entmündigungs- bzw. des Aufgebotsverfahrens vor allem anderen die Aufrechterhaltung der objektiven Ordnung, dann liegt sie im öffentlichen Interesse, und dennoch bestehende private Inte - ressen sind dem rechtlich unterzuordnen. Materiell-rechtlich ist Grundlage der dann ergehenden Privatrechtsgestaltung ausschließlich eine öffentlich-rechtliche Pflicht des Gerichts zu diesem Eingriff.

Das Entmündigungsverfahren dient vor allem der Personenfür - sorge das heißt der Fürsorge für den Entmündigten und die Abwehr von Gefahren aus dem Rechtsverkehr von ihm, wie auch der Fürsorge für die Familie und Dritte. Im Aufgebotsverfahren geht es um den Schutz insbesondere um die Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Rechtsverkehrs. Zunächst ist festzustellen,

---

49) Lent, ZZP 66/267 (271)
5o) Wolff, § 43 I b

daß dabei Privat- und Allgemeininteressen weniger kollidieren als konform gehen. Im übrigen sind beide Prinzipien konkrete und auch besonders schutzwürdige Bestandteile der objektiven Ordung; denn sowohl der Schutz fürsorgebedürftiger Einzelner, als auch der geordnete Ablauf des Rechtsverkehrs als Grundlage des Wirtschaftslebens sind fundamentale Grundsätze eines sozialen Rechtsstaats. Es muß infolgedessen davon ausgegangen werden, daß, wenn auch in private Rechtsbeziehungen eingegriffen wird, dies doch vor allem zur Aufrechterhaltung der objektiven Ordnung, also im öffentlichen Interesse geschieht. Wo dennoch private Interessen bestehen, sind sie nicht schutzwürdig und materiell-rechtlich als Rechtsreflexe zu charakterisieren.

Die materiell-rechtliche Grundlage der Privatrechtsgestaltung im Zuge des Entmündigungs- bzw. Aufgebotsverfahren ist deshalb eine sich aus dem materiellen Recht ergebende öffentlich-rechtliche Pflicht des Gerichts zur Vornahme einer konkreten Gestaltung. Diese Verpflichtung enthält naturgemäß auch die Berechtigung, solche Maßnahmen ergreifen zu können, zu denen das Gericht durch die Rechtsordnung ihr gegenüber verpflichtet ist.

Die materiell-rechtlichen Grundlagen der zivilprozessualen Privatrechtsgestaltung sind also einmal ein privates Gestaltungsklagerecht und zum anderen eine pflichtige öffentlich-rechtliche Befugnis des Gerichts zur Gestaltung. Zum besseren Verständnis dieser Unterscheidung auch in ihrem Gehalt soll nun noch auf die rechtspolitische Funktion dieser verschiedenen Privatrechtsgestaltungsmöglichkeiten eingegangen werden.

2. Rechtspolitische Funktionen der unterschiedlichen Privatrechtsgesaltungsmöglichkeiten

Der rechtspolitische Gehalt eines Rechtsinstituts ergibt sich vor allem aus den Interessen, die die zugrunde liegenden Rechtsnormen schützen sollen. Hierzu wurde jedoch bereits festgestellt, daß bei der zivilprozessualen Privatrechtsgestaltung die Interessen einmal weitgehend privatrechtlicher Art sind und zum anderen vorzugswürdig im öffentlich-rechtlichen Bereich liegen. Danach kann also auch hier zunächst einmal

grob unterschieden werden.

a) Verwirklichung privater Interessen

Zur näheren Erläuterung der rechtspolitischen Funktionen des hier einschlägigen privaten Gestaltungsklagerechts bedarf es eines Rückgriffs auf das private Gestaltungsrecht; denn wenn auch der funktionale Gehalt dieser beiden privatrechtsgestaltenden Instrumente auf den ersten Blick der gleiche zu sein scheint, nämlich dem Berechtigten Mittel zur Privatrechtsgestaltung an die Hand zu geben, so darf doch nicht übersehen werden, daß auch hinter der verschiedenen instrumentalen Ausgestaltung des einen Prinzips eine gewollte, am Gerechtigkeitsgedanken ausgerichtete Entscheidung steht.
Gibt der Gesetzgeber nämlich einer Privatperson die Rechtsfigur eines privaten Gestaltungsrechts an die Hand, so nimmt er in Kauf, daß im Falle der Ausübung dieses Rechts die Rechtslage sehr ungewiß sein kann. So bestehen häufig Zweifel etwa am Vorliegen eines Gestaltungsgrundes oder an der wirksamen Abgabe der Gestaltungserklärung. Das private Gestaltungsrecht gewährt also zwar die unmittelbare Durchsetzung privater Interessen, erzeugt aber andererseits aufgrund seines Selbsthilfecharakters weitgehende Rechtsunsicherheit.

Etwas anderes gilt für das private Gestaltungsklagerecht. Hier tritt nämlich die Rechtsänderung erst ein, nachdem auch das Vorliegen des Gestaltungsgrundes und die wirksame Klageerhebung - hier als Kundgabe des privaten Rechtsänderungswillens - richterlich nachgeprüft worden sind. Daneben kommt der gesamten Rechtslage weitgehende Publizität und dem richterlichen Ausspruch selbst der besondere Vertrauensschutz aller Staatsakte zugute. Alles zusammen trägt dazu bei, daß im Gegensatz zum privaten Gestaltungsrecht die Einräumung eines Gestaltungsklagerechts eine möglichst große Rechtssicherheit gewährt.
Deshalb wird auch ganz allgemein die rechtspolitische Funktion des Gestaltungsklagerechts neben der Gewährung einer privaten Rechtsänderungsmöglichkeit in der Einräumung einer vom Gesetzgeber für notwendig erachteten Rechtssicherheit bei

der Ausübung des Rechts geschen [51]. Insoweit spielen also auch bei der Konstituierung eines Gestaltungsklagerechts öf - fentliche Interessen eine Rolle.

b) Verwirklichung vorzugswürdiger öffentlicher Interessen

Auch die Verwirklichung der hier einschlägigen öffentlich - rechtlichen Befugnis zur Gestaltung erfordert jeweils einen richterlichen Spruch. Damit sind die öffentlichen Interessen, die Rechtssicherheit bei der Privatrechtsgestaltung fordern, auch hier vorhanden und gewährt. Dieses allgemeine öffent - liche Interesse ist in diesem Zusammenhang jedoch nur eine Folge des konkreten gesetzgeberischen Anliegens des Einzelfal- les. Die eigentliche rechtspolitische Funktion dieser Privat- rechtsgestaltungsmöglichkeiten ergibt sich deshalb aus dem be- sonderen Einzelfall.
Sinn und Zweck der Normierung des Entmündigungs- und auch des Aufgebotsverfahrens war, neben einer Vereinheitlichung des Rechtsschutzes der Betroffenen, die Festlegung eines im Gegen- satz zum Klageverfahren flexibleren Verfahrens. Dies zeigt sich für das Aufgebotsverfahren etwa daran, daß die §§ 946 ff ZPO lediglich einen gemäß § 11 EG ZPO im Einzelfall subsidiären Verfahrensrahmen begründen. Die Flexibilität des Entmündigungs- verfahrens wurde unter anderem dadurch erreicht, daß für die Mehrzahl der Entmündigungsfälle ein im Vergleich zum Klagever- fahren weniger formgebundenes Beschlußverfahren als Schutz der Betroffenen für ausreichend erachtet wurde. Gerade diese Fle - xibilität trägt aber in besonderem Maße dazu bei, daß diese Verfahren, wie dargelegt, einmal der Personenfürsorge zum an- deren der Vermögensfürsorge, zusammenfassend damit der Rechts- fürsorge umfassend zu dienen imstande sind. Wie die Normierung dieser Verfahren zeigt, bestand und besteht deshalb in diesen Fällen ein besonderes öffentliches Interesse sowohl daran, daß derartige Rechtsfürsorge geleistet wird, als auch daran, daß dazu ein unabhängiger Richter aus eigener Rechtsmacht in der Lage ist.

---

51) Schlosser, aaO, S. 3o m.w.N. unter Fußn. 2

Die rechtspolitische Funktion der diesen Entscheidungen zugrunde liegenden öffentlich-rechtlichen Befugnis des Gerichts zur Gestaltung ist somit vor allem darin zu sehen, die Möglichkeit zu eröffnen, daß unabhängige Träger hoheitlicher Gewalt rechtsfürsorgend in den Privatrechtsverkehr eingreifen können.

III Problemstellung und Aufbau der Arbeit

Es ist Ziel dieser Arbeit, die Privatrechtsgestaltung im Verfahren der fG zu untersuchen. Da auch ausschließlich dies Inhalt des folgenden Hauptteils sein sollte, wurden dieser Erörterung Parallelprobleme des Zivilprozesses, soweit sie einerseits eine Grundlage für diese Untersuchung bilden können, aber andererseits auch eigener Abgrenzung bedürfen, in der Einleitung vorangestellt. Außerdem war hier der Platz den Begriff der Privatrechtsgestaltung im allgemeinen und den Standort der privatrechtsgestaltenden Entscheidungen der fG im Bereich der Rechtsordnung im besonderen festzulegen (52).
Der Hauptteil selbst gliedert sich grob in drei Teile.

Der erste Teil ist der Analyse vorbehalten. Hier geht es, auch als Fundament für die weiteren Untersuchungen, darum festzustellen, welche Arten der Privatrechtsgestaltung im Verfahren der fG nach bestimmten gemeinsamen Gesichtspunkten abgegrenzt werden können (53), wie die privatrechtsgestaltenden fG-Akte selber rechtlich zu qualifizieren sind (54) und welche Bedeutung die Privatrechtsgestaltung für das Verfahren der fG überhaupt hat (55).
Der zweite Teil dient der Festlegung bzw. Ermittlung der Grundlagen der Privatrechtsgestaltung im Verfahren der fG (56). Hier soll ergründet werden, worauf materiell-rechtlich die Privatrechtsgestaltungsmöglichkeiten im Bereich der fG beruhen, wobei wesentlich von den in der Einleitung für die zivilprozessualen Gestaltungsklagen gewonnenen Erkenntnissen ausgegangen werden kann.
Der dritte Teil befaßt sich mit den Wirkungen der Privatrechtsgestaltung im Verfahren der fG. Einmal geht es um die Gestal-

---

52) Siehe Einleitung I: S. 2 ff
53) Siehe 1. Kapitel I: S. 2off
54) Siehe 1. Kapitel II: S.35 ff
55) Siehe 1. Kapitel III: S. 41 ff
56) Siehe 2. Kapitel: S. 43 ff

tungswirkung selbst, genauer um die Festlegung ihrer Grenzen [57]. Zum anderen steht die Rechtskraftwirkung von gestaltenden fG-Akten in Frage, also die Problematik, inwieweit die Privatrechtsgestaltung im Verfahren der fG Einfluß auf die materielle Rechtskraft der zugrunde liegenden Entscheidungen ausübt [58].

---

57) Siehe 3. Kapitel: S. 96 ff
58) Siehe 4. Kapitel: S. 136 ff

1. KAPITEL: Möglichkeiten der Privatrechtsgestaltung, Rechtscharakter der ihr zugrunde liegenden Akte und Bedeutung der Rechtsgestaltung im Verfahren der fG überhaupt

I. Möglichkeiten der Privatrechtsgestaltung im Verfahren der fG

Eine Differenzierung und Systematisierung der Fälle der Privatrechtsgestaltung im Verfahren der fG wird vor allem erschwert durch die Vielzahl und Vielseitigkeit der Einzelmaterien, die der fG zugeordnet sind. Sogar das Verfahren selbst kann im Einzelfall unterschiedlichen Erfordernissen unterliegen. Dennoch soll im folgenden versucht werden, gemeinsame Kriterien dieser Privatrechtsgestaltung zu erarbeiten.
Dazu ist es zur klareren Diktion jedoch zunächst angebracht, die unterschiedlichen Verfahrensarten im Rahmen der fG terminologisch zu differenzieren und dann überblickartig die dort einschlägigen Privatrechtsgestaltungsmöglichkeiten festzulegen.

1. Arten des fG-Verfahrens und Möglichkeit der Privatrechtsgestaltung in ihnen

a) Wenn auch die einzelnen Verfahrensarten der fG nicht einheitlich ausgestaltet sind, so lassen sich doch bestimmte Verfahrenstypen feststellen. Dabei werden im allgemeinen zwei große Gruppen unterschieden: die Nichtstreitverfahren und die Streitverfahren. Überwiegend herrscht über diese Einteilung der Sache nach Einigkeit, wenn auch die Terminologien im Einzelfall unterschiedlich sind. So wird vielfach der nichtstreitige Bereich als "klassische Angelegenheit" der fG bezeichnet (1). Dieser Begriff stellt jedoch nicht auf das Wesen dieser Verfahrensart, sondern auf ein historisches Merkmal ab. Kennzeichnender und deshalb besser ist die Verwendung der Bezeichnung: "nichtstreitiger Bereich" (2).
Zu diesem nichtstreitigen Bereich gehören die vier "traditio -

---

1) Bärmann, § 4 I; Habscheid, § 6 I 1; Baur, § 1 III 1
2) So vor allem: Zimmermann, Rpfleger 1962/42

nellen Wurzeln des fG-Gebäudes" [3]: die Vormundschaftssachen, die Nachlaßsachen, die Registersachen und die Urkundssachen[4]. Außerdem schließen sich hieran noch die in diesem Zusammenhang weniger bedeutsamen Angelegenheiten der §§ 163 - 166 FGG an.

Das Streitverfahren dagegen gliedert sich in ein privatrechtliches und öffentlich-rechtliches [5]. Das privatrechtliche Streitverfahren umfaßt beispielsweise Entscheidungen von Rechtsstreitigkeiten im Familienrecht, im Erbrecht, im Handelsrecht mit neuer erheblicher Erweiterung durch das Aktiengesetz von 1965, aber auch im Landwirtschaftrecht und Wohnungseigentumsrecht. Außerdem werden hier nach heute wohl einhelliger Auffassung die Regelungen ganzer umstrittener Rechtsverhältnisse durch hoheitlichen Spruch, die sogenannten Regelungsstreitigkeiten [6], eingeordnet [7]. Hierzu zählen im Rahmen der fG: die Regelung von Streitigkeiten nach der HausratsVO, die Vertragshilfe nach dem VHG, die Stundung einer Zugewinnausgleichsforderung nach § 1382 BGB, einzelne Entscheidungen in Wohnungseigentumssachen und die Änderung und Verlängerung von Landpachtverträgen nach §§ 7, 8 LPG [8].

Daneben ergehen aber auch im Rahmen der Streitsachen Entscheidungen mit öffentlich-rechtlichem Charakter. Gegenstand dieser Verfahren sind etwa die Anfechtung und die Verpflichtung zum Erlaß von bestimmten Verwaltungsakten, bestimmte Feststellungsanträge und die Ungültigkeits- und Nichtigkeitserklärung von Wahlen und Beschlüssen [9].

---

3) So Bärmann, § 4 I 1
4) Ebenso: Habscheid, § 6 I 1; Baur, Zusammenfassung zu § 1
5) Zimmermann, Rpfleger 1962/42 (47)
6) Zur Terminologie siehe: Bötticher, F.f. Lent S. 89 ff
7) Bärmann, § 1 IV 3 b, § 4 II 2 a und AcP 154/373 (417); Habscheid, § 7 I 2; Pikart-Henn, aaO, S. 8; Jansen, Vorbem. 56 vor §§ 8 - 18; Keidel, aaO, § 12 Anm. 11o; Schlosser, aaO, S. 7o; BGHZ 18/143=LM Nr. 2 zu § 16 FGG
8) Siehe dazu im einzelnen S. 68 ff, im übrigen siehe: Bärmann, § 1 IV 3 b; Jansen, Vorbem. 56 vor §§ 8 - 18; Schlosser, aaO, S. 69/7o; Bötticher, F.f. Lent S. 89 (95 ff)
9) Siehe die Einzelfälle bei: Zimmermann, Rpfleger 1962 / 42 (43 - 46)

b) Privatrechtsgestaltung ergeht nun sowohl im nichtstreitigen als auch im streitigen Bereich der fG. Das gilt für fast alle traditionellen Teile des nichtstreitigen Bereichs:

Für das Vormundschaftsrecht: Anordnung der Vormundschaft oder Pflegschaft §§ 1774, 1909 ff BGB; Bestellung und Entlassung eines Beistandes, Vormunds oder Pflegers §§ 1685, 1692, 1789, 1886 ff, 1915, 1919 ff BGB; Genehmigung von Rechtsgeschäften §§ 1643, 1819 ff BGB; Volljährigkeitserklärung § 3 BGB; Befreiung von dem Erfordernis der Ehemündigkeit bzw. Befreiung von den Eheverboten §§ 1 Abs. 2, 4 Abs. 3, 6 Abs. 2 EheG; Ersetzung der elterlichen Einwilligung nach § 3 Abs. 3 EheG; Bestätigung nach § 1741 S. 2 BGB; Ehelichkeitserklärung gemäß §§ 1723 ff BGB; Eingriffe in die elterlichen Personen- bzw. Vermögenssorgerechte gemäß §§ 1666 ff BGB; Verteilung der elterlichen Gewalt gemäß §§ 1671, 1672 BGB.
Für die Nachlaßsachen: Bestellung eines Nachlaßpflegers § 1961 BGB; Anordnung von Nachlaßverwaltung bzw. Nachlaßkonkurs §§ 1981 ff BGB, 214 ff KO; Ernennung eines Testamentsvoll - streckers § 2200 BGB; Erteilung, Entziehung und Kraftloser - klärung von Erbscheinen und Testamentsvollstreckerzeugnissen §§ 2353, 2361, 2368 BGB.
Registersachen: § 21 BGB; §§ 2, 3 Abs. 2,5,6,123,161 Abs. 2 HGB; §§ 30 Abs. 1, 41 Abs. 1 S. 1 AktG; §§ 7,11 Abs. 1 GmbHG; §§ 10, 13 GenG; § 7 GeschmMG.
Was die Grundbuch- und Urkundssachen betrifft, so soll hier zunächst ein Hinweis auf die Zweifelhaftigkeit der hoheitlichen Fähigkeit zur Gestaltung genügen (10).

Im Bereich der privaten Streitsachen sind folgende Fälle be - sonders hervorzuheben:

Berufung von Mitgliederversammlungen, Bestellung und Abberufung von Liquidatoren §§ 37 Abs. 2 BGB, 122 Abs. 3 AktG, 45 Abs. 3 GenG sowie §§ 146 Abs. 2, 147 S. 2, 161 Abs. 2 HGB; 265 Abs. 3, 273 Abs. 4 AktG, 66 Abs. 2 u. 3 GmbHG, 83 Abs. 3 u. 4 S. 1 GenG; die Entlassung des Testamentsvollstreckers § 2227 BGB; die Untersagung der Namensführung § 57 EheG; die Zugewinnausgleichsregelung nach § 1383 BGB; die Ersetzung von Zustimmungen und Ermächtigungen nach §§ 113 Abs. 3, 1365 Abs. 2, 1369 Abs. 2, 1426,1430,1452,1727,1747 Abs. 3 BGB; die Aufhebung der Beschränkungen nach § 1357 Abs. 2 BGB; die Zuwei - sung eines landwirtschaftlichen Betriebs nach § 13 GrdStVG; insbesondere aber alle o.a. Regelungsstreitigkeiten.

Auch im Bereich des öffentlich-rechtlichen Streitverfahrens ist Privatrechtsgestaltung möglich; so etwa, wenn auf eine Anfechtungsklage hin ein privatrechtsgestaltender Verwal - tungsakt [11] aufgehoben wird. Jedoch ist Ziel dieser Streit - sachen die Durchsetzung subjekt-öffentlicher Rechte oder die Klärung öffentlich-rechtlicher Rechtsverhältnisse [12]. Die

---

10) Siehe im übrigen S. 29/30
11) Siehe die Beispiele bei: Zimmermann, Rpfleger 1962/42 (43-46)
12) Bärmann, § 4 III 2; Habscheid, § 8 II 2

Miteinbeziehung in das Verfahren der fG erfolgte nur aufgrund ihrer Sachnähe zum Zivilrecht bzw. hier zum Zivilverfahrensrecht [13]. Vom Entscheidungsgegenstand her handelt es sich dagegen bei der Verwirklichung dieser Angelegenheiten um Verwaltungsgerichtsbarkeit im weiteren Sinne [14]. Von da her ist die so ergehende Gestaltung also der übrigen Gestaltung durch das Verfahren der fG fremd [15]. Ihre Untersuchung gehört in eine Erörterung im Zusammenhang mit der Gestaltung im Verfahren der Verwaltungsgerichtsbarkeit und soll deshalb auch in den folgenden Ausführungen unberücksichtigt bleiben.

2. Gliederung der Privatrechtsgestaltung im Verfahren der fG

a) Nach dem Bereich, in dem sie ergeht

Da also feststeht, daß in allen Bereichen der fG Privatrechtsgestaltung vorgenommen wird, ist es naheliegend, die Unterschiedlichkeit dieser Bereiche als Abgrenzungskriterium für eine differenzierende Betrachtungsweise dieser Rechtsgestaltungs zu benutzen. Das gilt um so mehr, als ihre Unterscheidung nicht allein auf formalen Gesichtspunkten, sondern vielmehr auf Wesensverschiedenheiten der zugrunde liegenden Rechtsmaterien beruht.

So geht man heute mit Recht einhellig davon aus, daß fG im Rahmen des nichtstreitigen Bereichs "Rechtsfürsorge" [16] bedeutet [17]. Aus den Angelegenheiten selber ergibt sich, daß der Staat mit seinen Mitteln in den unterschiedlichsten, aber jeweils angemessenen Formen einer Privatperson bei der Errei-

---

13) Habscheid, § 4 III 2; Jansen, Vorbem. 7o vor §§ 8 - 18; ebenso für das Schweizer Recht: Guldener, aaO, S. 8
14) Zimmermann, Rpfleger 1962/42 (47); Bärmann, § 4 III 2; Habscheid, § 8; BGH NJW 61/922 (923)
15) Siehe S. 4 u. S. 38/39
16) Beachte die Übereinstimmung mit den Ausführungen zum Entmündigungs- bzw. Aufgebotsverfahren S. 14/15 u. S. 17
17) Bärmann, § 4 I 2 b; Habscheid, § 6 I; Baur, § 1 III 1; Pikart-Henn, aaO, S. 5 ff

chung ihrer Ziele "Hilfestellung" leisten soll [18]. An derartigem Tätigwerden besteht außerdem ein besonderes öffentliches Interesse, weil die Rechte schutzbedürftiger Einzelner oder schutzwürdiger Belange der Allgemeinheit bedroht sind [19]. Aus öffentlichem Interesse ist daher gemeinsamer Zweck der Verfahren im nichtstreitigen Bereich die Fürsorge. Im Ergebnis liegt somit der dort ergehenden Privatrechtsgestaltung der Rechtsfürsorgegedanke zugrunde. Privatrechtsgestaltung im nichtstreitigen Bereich ergeht also zur Gewährung und Erfüllung von Rechtsfürsorge.

Im Unterschied dazu geht es bei den privaten Streisachen, wie schon aus der Bezeichnung ersichtlich, weniger um Rechtsfürsorge, als um die Entscheidung eines Rechtsstreits [20]. Zu Recht betont Bärmann [21] in diesem Zusammenhang, daß es zwar auch Rechtsfürsorgeangelegenheiten im Bereich der fG gibt, bei denen sich die Beteiligten gelegentlich in Streitstellung gegenüber stehen [22], daß diese Streit- und Gegnerstellung dann aber akzidentell, nicht essentiell ist. Ebenso gibt es andererseits Fälle, in denen die Beteiligten eines Streitverfahrens ohne Streit vor den fG-Richter treten. Das ändert aber nichts daran, daß in derartigen Verfahren in der Regel Streit herrscht, zumal es um die Durchsetzung behaupteter subjektiver Rechte geht [23]. Essentiell ist dem privatrechtlichen Streitverfahren also der Rechtsstreit. Essentiell ist damit aber auch der Privatrechtsgestaltung in diesem Bereich, daß sie streitentscheidend ist.

So hat also Privatrechtsgestaltung im Rahmen der fG, je nachdem welchem Bereich sie zuzurechnen ist, einmal rechtsfürsor-

---

18) Habscheid, § 6 I 2 S. 14/15 u. S. 16/17
19) Siehe hierzu ebenfalls
20) Habscheid, § 7 I 3; Habscheid, ZZP 66/188 ff; Bärmann, § 4 II u. AcP 154/373 (417); Baur, § 1 III 3; Pikart-Henn, aaO, S. 7 ff; Jansen, Vorbem. 58 vor §§ 8-18; Keidel, aaO, § 12 Anm. 109 u. weitere Nachweise unter Fußn. 1
21) Bärmann, § 4 I 2 c
22) Wie z.B. im Erbscheinerteilungsverfahren
23) So insbesondere: Habscheid, § 7 I 3; siehe hierzu aber auch S. 53

genden und zum anderen streitentscheidenden Charakter.

b) Nach Mitwirkungserfordernissen

Im Gegensatz dazu sind die Mitwirkungserfordernisse von den unterschiedlichen Verfahrensarten unabhängige Differenzierungskriterien. Wie sich nämlich im folgenden zeigen wird, sind in allen Bereichen der fG Handlungen nötig, die der Privatrechtsgestaltung der fG entweder überhaupt erst Wirkung verleihen oder sie doch erst ihre volle Wirkung entfalten lassen. Deswegen soll hier auch lediglich der Grad der Abhängigkeit der Wirkung privatrechtsgestaltender Entscheidungen von Mitwirkungshandlungen aufgezeigt werden. Die Frage nach ihren materiell-rechtlichen Grundlagen und damit die Frage, wer letztlich Gestaltungsbefugter in den verschiedenen Bereichen der fG ist, kann in dieser Pauschalierung nicht beantwortet werden und wird daher Gegenstand gesonderter Untersuchungen im 2. Kapitel sein.

Die folgende Differenzierung lehnt sich an an die Ausführungen von Siber [24]. Zwar nicht vom Hoheitsakt, sondern vom privaten Rechtsgeschäft ausgehend unterscheidet er drei Gruppen, bei denen ein Träger hoheitlicher Gewalt und Privatpersonen beim Zustandekommen von Rechtswirkungen in der Sache zusammenwirken: a) Keine Mitwirkung einer Privatperson liege vor, wo die Rechtswirkungen ausschließlich auf der hoheitlichen Verfügung beruhe, auch wenn diese nur auf Parteiantrag zulässig sei (hier aa). b) Die Rechtswirkung sei Sanktion sowohl eines privaten als auch eines hoheitlichen Erfolgswillens. Es liege ein Gesamtakt von Parteien und Trägern hoheitlicher Gewalt vor (hier bb). c) Die hoheitliche Entschließung verwirkliche nur den privaten Erfolgswillen, weil sie der Parteierklärung nur die nötige Form gebe oder sie lediglich auf ihre Zulässigkeit überprüfe (hier bb).

Soweit Siber von einem "hoheitlichen Erfolgswillen" spricht, soll diese Terminologie beibehalten werden, jedoch mit dem Vorbehalt, daß unter "Erfolgswillen" der hoheitliche Spruch gemäß seines Inhalts verstanden wird. Anders als im Privat -

---

24) Siber, aaO, S. 125 ff

recht kommt es für das Zustandekommen von Rechtswirkungen durch Hoheitsakt nämlich nicht auf den Willen des erlassenden Trägers hoheitlicher Gewalt an, sondern entscheidend ist, daß der Hoheitsakt gemäß seines Inhalts mit der objektiven Rechtsordnung übereinstimmt.

aa) Das Antragserfordernis

Zwar sagt der Wortlaut des FGG nichts darüber aus, daß ein Verfahren im Rahmen der fG auch von Amts wegen eingeleitet werden kann. Doch ist gerade das aus dem Wesen der fG die Regel [25]. Es ist also grundsätzlich im Bereich der fG für den Eintritt der Gestaltungswirkung gleichgültig, ob ein Antrag auf Erlaß vorliegt oder andere Handlungen gegeben sind oder fehlen, die in Verbindung mit dem privatrechtsgestaltenden Hoheitsakt den Eintritt der Privatrechtsgestaltung bezwecken. Dieser Grundsatz betrifft bezeichnenderweise aber nur einen anzahlmäßig unterlegenen Teil der fG-Angelegenheiten und davon auch nur den nichtstreitigen Bereich, insbesondere im Hinblick auf einige Vormundschafts- und Nachlaßsachen [26]. In realiter übertreffen indes die Ausnahmen die eigentliche Regel an Häufigkeit bei weitem. Die Einleitung des Verfahrens und somit auch die Entscheidung selbst setzt also im Rahmen der fG meist einen Antrag voraus. Das gilt uneingeschränkt für die Streitsachen, aber auch für einen großen Teil des nichtstreitigen Bereichs [27]. Hier ist der Antrag des Berechtigten in der Regel eine notwendige Voraussetzung für eine rechtswirksame, die Beteiligten bindende privatrechtsgestaltende Entscheidung [28]. Bei Fehlen oder Unwirksamkeit dieses Antrags ist infolgedessen der trotzdem erlassene Ho -

---

25) Bärmann, § 13 I 3; Baur, § 16 II 1; Keidel,aaO, § 12 Anm. 2; Jansen, Vorbem. 4 vor §§ 8 - 18

26) So z.B. §§ 1774, 1909 ff; 1789, 2200, 2361, 2368 Abs.3 S. 1 BGB

27) Beispiele hierzu bei Keidel,aaO, § 12 Anm. 3; Jansen, Vorbem. 8 vor §§ 8-18

28) Keidel,aaO, § 12 Anm. 4; Bärmann, § 24 IV 2 c,cc; Zimmermann, Rpfleger 1962/42; Habscheid, NJW 1966/1787 (1795); Anderer Auffassung dagegen für bestimmte Fürsorgesachen: Habscheid, § 25 III g; uneinheitlich: Jansen, § 7 Anm. 22 u. Vorbem. 8 vor §§ 8-18, wobei die von Jansen in § 7 Anm. 22 angeführten Unterscheidungen keine echten Ausnahmen sind, da dort schon das Antragserfordernis eingeschränkt ist.

heitsakt nicht in der Lage, privatrechtsgestaltende Wirkung zu äußern [29]. Die Möglichkeit einer wirksamen Privatrechtsgestaltung hängt also grundsätzlich von der Mitwirkung eines derart formell Beteiligten ab, unabhängig ob es sich um Streitsachen oder um ein nichtstreitiges Verfahren handelt. Die Privatrechtsgestaltung selbst ist hier aber nach wie vor die Folge eines geäußerten hoheitlichen Erfolgswillens, da die tatsächliche Festlegung der gestaltenden Rechtswirkungen ausschließlich auf der fG-Entscheidung beruht [30]. Lediglich damit diese Gestaltung wirksam wird, bedarf sie einer verfahrensrechtlichen [31] Mitwirkung eines an der Aktsetzung selbst nicht Beteiligten [32].
Folglich kann die eigentliche Privatrechtsgestaltung im Rahmen der fG also allein die Folge der Äußerung eines hoheitlichen Erfolgswillens sein [33], wobei jedoch die Wirksamkeit der so ergehenden Gestaltung weitgehend von der Vornahme einer verfahrensrechtlichen Mitwirkungshandlung eines dazu Berechtigten abhängt [34].

bb) Sonstige Mitwirkungserfordernisse

(1) Neben oder anstatt diesem verfahrensrechtlichen Mitwirkungserfordernis ist sehr oft von außerhalb des Verfahrens eine Handlung nötig, die einerseits erst die volle Wirkung der Privatrechtsgestaltung hervorruft, andererseits selbst aber überhaupt nur in Verbindung mit der privatrechtsgestaltenden Entscheidung materielle Wirksamkeit äußern kann. Gemeint sind hier die Fälle, in denen ein privates Rechtsgeschäft durch fG-Akt genehmigt wird. Das gilt im nichtstreitigen Bereich der fG z.B. für die §§ 1643, 1819 ff BGB, 3 Abs. 3 EheG, 97 Abs.2 FGG, in den Streitverfahren für die §§ 1365 Abs. 2, 1369 Abs. 2, 1426, 1430, 1452, 1727 und 1747 Abs. 3 BGB.
Diese rechtsgeschäftlichen Handlungen betreffen nun zwar

---

29) Die Richtigkeit dieses Grundsatzes ergibt sich vor allem daraus, daß das Gesetz Abweichungen davon ausdrücklich hervorhebt: siehe § 56 FGG u. § 65 JWG
30) Siehe oben Siber unter Fußn. 24
31) Jansen, § 11 Anm. 2; Keidel,aaO, § 11 Anm. 7
32) In der Regel einer Privatperson, aber auch eines Trägers hoheitlicher Gewalt=§ 65 Abs.1 S.2 JWG; §§ 45 Abs.1, 47 Abs. 2 PStG; § 126 FGG
33) Nämlich weitgehend in amtswegigen Verfahren
34) Nämlich in entsprechenden Antragsverfahren

nicht die Wirksamkeit, dennoch aber die Wirkung der genehmigenden fG-Entscheidung. So entfaltet zwar der einwilligende Akt mit seinem Wirksamwerden schon insofern eine privatrechtsgestaltende Wirkung, als er dem Betreffenden die Rechtsmacht zum Abschluß eines wirksamen Privatrechtsgeschäftes verleiht. Seine volle Wirkung erreicht der Gestaltungsakt aber erst, wenn das Rechtsgeschäft auch vorgenommen wird. Diese volle Wirkung hat andererseits die genehmigende Entscheidung von Anfang an (35), da sie unmittelbar ein schon vorhandenes Privatrechtsgeschäft betrifft.
Insgesamt handelt es sich hier deshalb um eine Form der Zusammenwirkung von privatem Rechtsgeschäft und gestaltender fG-Entscheidung. Damit der privatrechtsgestaltende Hoheitsakt seine volle Wirkung entfalten kann, bedarf er im Gegensatz zum bloßen Antragserfordernis der Äußerung sowohl eines hoheitlichen, als auch eines privaten Erfolgswillens; denn die tatsächliche Festlegung der Gestaltungswirkung ist nicht mehr allein die Folge der hoheitlichen Handlungen, sondern auch die des Rechtsgeschäfts (36). Die vorgesehene Privatrechtsgestaltungswirkung ist in diesen Fällen also der Ausfluß des Zusammenwirkens eines hoheitlichen und eines privaten Erfolgswillen.

(2) Im Anschluß daran gibt es nun im Bereich der fG auch Fälle, in denen im Verhältnis zwischen fG-Akt und Privatrechtsgeschäft das Privatrechtsgeschäft so sehr an Bedeutung für die Rechtsgestaltung überwiegt, daß die hoheitliche Mitwirkung sich allein auf das Verfahren bezieht, ohne daß ein eigener sachbezogener Erfolgswille verfolgt wird. Dabei handelt es sich dann um eine "Hilfestellung" zur Verwirklichung eines privaten Erfolgswillens. Betroffen sind im Rahmen der fG die Urkunds- und Grundbuchsachen, aber auch die Fälle in denen eine private Willenserklärung erst durch Abgabe gegenüber einem bestimmten Hoheitsträger seine volle Rechtswirksamkeit erhält (37). Die

---

35) Eine Ausnahme hierzu ist § 1829 Abs. 1 S. 2 BGB
36) Siehe oben Siber unter Fußn. 24
37) Wie z.B. bei den §§ 1491 Abs. 1, 1492 Abs. 1, 1945 Abs. 1, 1955,1993,2081 Abs. 1 u. 3, 2146 Abs. 1, 2202 Abs.2, 2281 Abs. 2, 2384 Abs. 1, 2385 Abs. 1 BGB

hoheitliche Handlung verwirklicht hier nur den geäußerten privaten Erfolgswillen. Ohne das Privatrechtsgeschäft wäre der fG-Akt nur eine leere Hülle, ja meist sogar undenkbar. Man wird deshalb hier den hoheitlichen Akt als bloße verfahrensrechtliche Mitwirkungshandlung der zuständigen fG-Stelle zum privaten Rechtsgeschäft, das heißt zum geäußerten privaten Erfolgswillen ansehen müssen (38).

cc) Ergebnisse aus dieser Gliederungsmodalität

Diese Erkenntnisse führen nun zu folgenden Konsequenzen: Die Privatrechtsgestaltung im Rahmen der fG ist nach ihren Mitwirkungserfordernissen zu differenzieren. Bezugspunkt ist dabei der jeweils geäußerte, die Gestaltung tatsächlich festlegende Erfolgswille. Kann die Gestaltung ohne Mitwirkungserfordernis ergehen oder ist dieses Mitwirkungserfordernis eine verfahrensrechtliche Wirksamkeitsnotwendigkeit, dann ist sie allein die Folge der Äußerung eines hoheitlichen Erfolgswillens. Sie ist zumindest auch die Folge der Geltendmachung eines derartigen hoheitlichen Erfolgswillens, wenn zur Erlangung der vollen Gestaltungswirkung die Äußerung eines privaten Erfolgswillens als nowendige Mitwirkungshandlung daneben tritt. Erlangt die Mitwirkungshandlung aber eine derart große Bedeutung, daß der fG-Akt nicht mehr in Durchsetzung eines eigenen hoheitlichen Willens zum konkreten Sacherfolg ergeht, dann ist die Privatrechtsgestaltung ein Ausfluß der Äußerung nur dieses privaten Erfolgswillens mit notwendiger verfahrensrechtlicher Mitwirkung der zuständigen fG-Stelle.

Diese Differenzierung wirft allerdings auch die Frage auf, ob in letzterem Falle überhaupt noch von hoheitlicher Gestaltung, das heißt hier von Gestaltung durch Amtsträger der fG, die Rede sein kann. Hier ist eine Grenze überschritten. Gestaltung setzt nämlich vor allem ein entsprechendes erfolgsbezogenes Handeln voraus (39). Wie bereits festgestellt, fehlt es in diesem Falle jedoch bereits an einem auf den gestaltenden Erfolg gerichteten Spruch. Dieser beschränkt sich vielmehr auf die Verwirklichung rein formaler Erfordernisse. Mangels ent -

---

38) Siehe oben Siber unter Fußn. 24
39) Vergleiche auch die grundsätzlichen Erwägungen auf S. 2/3

sprechendem erfolgsbezogenem hoheitlichen Handeln sind infolgedessen weder die Urkunds- und Grundbuchsachen, noch die Fälle der notwendigen Abgabe einer Willenserklärung vor einem Amtsträger der fG als zumindest auch hoheitliche Gestaltung anzusehen. Es handelt sich dabei im Einzelfalle vielmehr allein um private Gestaltung unter bestimmten formalen Erfordernissen [4o]. Diese bloße hoheitliche Hilfestellung [41] im Verfahren der fG fällt somit aus dem hier gesteckten Rahmen heraus und soll deshalb in der weiteren Untersuchung auch jeweils nur zur Abgrenzung dienen.

c) Nach inhaltlichen Gesichtspunkten

Außer den Bereichen der fG und den Mitwirkungserfordernissen können nun aber auch inhaltliche Gesichtspunkte zur Differenzierung der Privatrechtsgestaltung im Rahmen der fG herangezogen werden. Unterscheidungsmerkmale sind dabei insbesondere der jeweilige Gegenstand der Gestaltung und die Schwere des gestaltenden Eingriffs.

Vorauszuschicken ist dem jedoch, daß Privatrechtsgestaltung auch Privatrechtsvernichtung ist. Aber abgesehen davon, daß Rechtsvernichtung meist im Zusammenhang steht mit positiver Gestaltung [42], hat die reine Rechtsvernichtung für die Erkenntnis des Wesens der Privatrechtsgestaltung und die Differenzierung ihrer Arten eben deshalb keine weiterführende Bedeutung, weil ihre unmittelbare Wirkung ausschließlich negativ ist und deshalb aus der gestalteten Privatrechtslage sich keinerlei inhaltliche Differenzen ergeben können.

Weiterführend und wert einer Betrachtung sind deshalb die Akte, die nur oder zumindest auch positiv eine private Rechtslage gestalten, sei es durch Neuerschaffung, sei es durch Abänderung. Insgesamt sind dazu im Verfahren der fG folgende

---

4o) Ähnlich Siber, aaO, S. 126: er sieht in diesen Fällen die hoheitliche Entschließung als Bestandteil des Privatrechtsgeschäftes an.

41) Siehe die Übereinstimmung in der Terminologie mit Zimmermann, Rpfleger 1962/42 (43)

42) Untersagung der Namensführung = Verlust des Mannesnamens u. Erwerb des Mädchensnamens; Entziehung des Erbscheins, Testamentvollstreckerzeugnisses = Verlust u. es kann ein neuer mit öffentlichem Glauben erteilt werden

Gruppen zu unterscheiden:

aa) Zunächst ist Gegenstand der Privatrechtsgestaltung im Verfahren der fG in vielen Fällen die Rechtsfähigkeit einer juristischen Person oder allgemein die Befugnis wirksam handeln zu können. Dem Einzelnen werden Rechte und Fähigkeiten verliehen, aufgrund deren er im Privatrecht tätig werden kann. Wesentlich ist hier vor allem, daß durch den Akt selbst nur der Rechtsstand einer einzelnen Person berührt ist; denn die sich aus der Verleihung weiter entwickelnden Privatrechtsbeziehungen sind Folge eines darüberhinausgehenden eigenen Willens des Berechtigten. Einschlägig sind hier einmal die große Zahl der Fälle, in denen eine Privatperson entweder im eigenen oder im fremden Namen zu einer Handlung ermächtigt wird (43). Zum anderen fallen hierunter die Akte im Verfahren der fG durch die Personengemeinschaften Rechtsfähigkeit erlangen(44).

bb) Weiter berührt der privatrechtsgestaltende Akt aber auch ganze Rechtsverhältnisse, so, indem er sie zur Entstehung bringt, sie ändert oder sie teilweise oder ganz ersetzt. Die Gestaltung hat dann nicht mehr die persönliche Rechtstellung eines Einzelnen zum Gegenstand, sondern sie bezieht sich auf die privatrechtlichen Relationen mehrerer Personen zueinander und zwar der am jeweiligen Privatrechtsverhältnis Beteiligten. Derart notwendige Mithilfe für den Bestand von privaten Rechtsverhältnissen bedeutet hier zur Abgrenzung von den Fällen unter aa), daß nicht nur ein Beteiligter zur Vornahme für fähig erklärt wird, sondern daß das Rechtsverhältnis als solches dem fG-Akt seine Wirksamkeit verdankt. Gegenstand der Gestaltung ist hier also das Rechtsverhältnis selbst.
Da im übrigen ein Rechtsverhältnis aber eine Vielzahl auch von hoheitlichen Gestaltungsmodalitäten eröffnet, kann die hoheitliche Beteiligung noch nach weitergehenden Gesichtspunkten

---

43) Z.B.: Bestellung eines Vormunds § 1789 BGB, Pflegers § 1915 BGB, Testamentsvollstreckers § 2200 BGB; Volljährigkeitserklärung gem. § 3 BGB; Ehelichkeitserklärung gem. §§ 1723 ff BGB; Befreiung von dem Erfordernis der Ehemündigkeit gem. § 1 Abs. 2 EheG; Erteilung eines Erbscheins, Testamentsvollstreckerzeugnisses §§ 2353, 2368 BGB; aber auch die Erteilung von Ermächtigungen, soweit nicht das Rechtsgeschäft als solches genehmigt wird, sondern eine Person einer Genehmigung bedarf, siehe §§ 1643, 1829 Abs. 1 S. 2 BGB

44) Wie z.B. folgende Registersachen: §§ 21 BGB, 41 Abs. 1 S.1 AktG, 11 GmbHG, 13 GenG

differenziert werden.
Nach dem oben unter b, cc) Ausgeführten gehören die Fälle, in denen Privatrechtsverhältnisse zu ihrer Wirksamkeit eines fG-Aktes bedürfen, nicht in den Rahmen dieser Erörterungen, da es sich dabei nicht um hoheitliche, sondern um private Gestaltung unter hoheitlichen Verfahrenserfordernissen handelt. Dennoch sei hier zur Abgrenzung daraufhingewiesen, daß auch dabei im Gegensatz zu den Fällen der Gestaltung des Rechtsstands einer Person die handelnde fG-Stelle nicht nur mittelbar, sondern unmittelbar, wenn auch ohne eigenen Erfolgswillen, an der Gestaltung eines privaten Rechtsgeschäfts mitwirkt.
Um eigene, das heißt mit eigenem sachbezogenem Erfolgswillen, unmittelbare Gestaltung der Organe der fG handelt es sich dann aber in den Fällen, in denen durch den Hoheitsakt ganze wirksame Privatrechtsverhältnisse umgestaltet werden. Unmittelbar greift der fG-Akt hier zerstörend in private Rechtsbeziehungen ein und schafft dafür neue oder stellt alte wieder her. So kann z.B. das Vormundschaftsgericht gemäß § 1383 BGB eine Geldforderung in eine Sachforderung umwandeln. Die Erfüllung der Ausgleichsforderung hat nämlich zunächst einmal grundsätzlich in Geld zu geschehen (45). Gemäß § 1357 Abs. 2 BGB hebt das Vormundschaftsgericht eine ungerechtfertigte Einschränkung der Schlüsselgewalt wieder auf, stellt also die ursprünglichen privaten Rechtsbeziehungen durch fG-Akt wieder her. Indessen ist im Rahmen der fG der eigentliche Bereich dieser Gestal - tungsmöglichkeiten schon von der Sache her der Bereich der Regelungsstreitigkeiten (46), denn wer regeln soll, muß um - wandeln können. So stundet der Vertragshilferichter gemäß § 1 ff VHG private Forderungen durch Hoheitsakt oder er setzt sie herab.
Gleiches vermag der Vormundschaftsrichter gemäß § 1382 Abs. 1 BGB. Weiter kann der Hausratsverteilungsrichter gemäß § 5 Abs. 1 HausratsVO ein bestehendes Mietsverhältnis umwandeln

---

45) Erman-Bartholomeyczik, § 1383 Anm. 1
46) Siehe S. 21 u. S. 54 ff

und der Richter in Landwirtschaftssachen gemäß §§ 7, 8 LPG private Pachtverträge verändern oder verlängern. In allen genannten Fällen wandelt also ein Träger hoheitlicher Gewalt durch Hoheitsakt privatrechtliche Beziehungen um. So gestaltet er unmittelbar private Rechtsverhältnisse.

Eine weitere Möglichkeit, im Rahmen der fG durch Hoheitsakt unmittelbar in Privatrechtsverhältnisse einzudringen, besteht darin, durch fG-Akt ganze Rechtsverhältnisse oder notwendige Teile von ihnen zu ersetzen.

So tritt z.B. vielfach ein fG-Akt an die Stelle einer notwendigen privatrechtlichen Willenserklärung. Wo etwa die wirksame Vornahme eines Privatrechtsgeschäfts von der Einwilligung oder Genehmigung einer anderen Person abhängig ist, diese jedoch nicht erteilt wurde, kann eine fG-Entscheidung diese Willenserklärung ersetzen (47).

Noch schärfer in den Bereich der Privatrechtsbeziehungen eingreifend wirken dann die fG-Akte, die zwischen den Privatrechtssubjekten ganze Rechtsverhältnisse ersetzen, das heißt neu schaffen. Solche Möglichkeiten sieht für den Bereich der FG vor allem die HausratsVO vor. Sie dringt bezüglich der Ehewohnung und des Hausrats bis zu einem Zwangsausgleich vor. Infolgedessen kann der Hausratsverteilungsrichter unter völliger Beseitigung des Prinzips der Vertragsfreiheit (48) nicht nur ganze Mietverhältnisse neu begründen (49), sondern gegen Festsetzung eines angemessenen Entgelts sogar Eigentum verschaffen (5o). Die Inhaltswirkung dieser Akte ist also so weitgehend, daß die Beteiligten völlig aus der Begründung dieser Privatrechtsverhältnisse herausgedrängt sind und der fG-Richter die dafür notwendigen Rechtshandlungen durch Hoheitsakt unmittelbar ersetzt. Damit ist zugleich die stärkste Eingriffsmöglichkeit in ein Privatrechtsverhältnis erreicht.

cc) Zusammenfassend läßt sich deshalb, ebenfalls unabhängig von den verschiedenen Verfahrensarten, die Privatrechtsgestaltung im Rahmen der fG nach inhaltlichen Gesichtspunkten wie

---

47) So in folgenden Fällen: §§ 37 Abs.2,113 Abs.3,1365 Abs.2, 1369 Abs.2,1426,143o,1452,1727 1747a BGB
48) Siehe aber dazu S. 122 - 126
49) Wie aufgrund der §§ 5 Abs.2,6 Abs.2,9 Abs.2 S.1 HausratsVO
5o) Wie aufgrund des § 9 Abs. 2 S. 2 HausratsVO

folgt gliedern:
Wenn einmal abzusehen ist von den rein negativen Gestaltungsmöglichkeiten, die außerdem, wie ausgeführt, für eine Differenzierung ohne Bedeutung sind, dann kann die Privatrechtsgestaltung im Verfahren der fG nach ihrem Gestaltungsgegenstand und der Schwere des gestaltenden Eingriffs unterschieden werden.
Gestaltungsgegenstand sind in diesem Sinne einmal die Rechte und Fähigkeiten eines Privatrechtssubjektes und zum anderen ganze Privatrechtsverhältnisse, das heißt also private Rechtsbeziehungen zwischen mehreren Personen. Bei letzterem differiert daneben auch noch die Intensität des gestaltenden Eingriffs. Anhaltspunkt dafür ist jeweils der Umfang des Eingriffs in die Vertragsfreiheit.
Es ist weitgehend noch dort gewährt, wo die Parteien den Vertrag selbständig aushandeln und abschließen, dieser dann jedoch zu seiner Wirksamkeit der notwendigen Mithilfe eines fG-Aktes bedarf. Stärker beschränkt ist die Vertragsfreiheit schon da, wo die Privatrechtsverhältnisse durch fG-Akt umgestaltet oder notwendige Teile zu deren Zustandekommen durch Entscheidung im Verfahren der fG ersetzt werden können. Völlig ausgeschlossen ist sie dagegen sowohl in ihrer Inhalts-, als auch in ihrer Partner-, als auch in ihrer Abschlußfreiheit in den Fällen, in denen das ganze Privatrechtsverhältnis durch privatrechtsgestaltende fG-Entscheidungen neu begründet wird. Damit wird der radikalste Eingriff in das Vertragsrecht überhaupt zugelassen, im Hausratsverteilungsverfahren allerdings nur, wenn sich die Beteiligten nicht geeinigt haben[51]. Durch Hoheitsakt entstehen hier die privatrechtlichen Folgen, die sich an das private Rechtsgeschäft geknüpft hätten, wenn es die Privatrechtssubjekte selber vorgenommen hätten.

Inhaltlich sind so also die Möglichkeiten der Privatrechtsgestaltung im Verfahren der fG in Bezug auf die Eingriffsintensität sehr weitreichend.

---

51) Siehe im einzelnen dazu S. 122 ff

II. Rechtscharakter der der Privatrechtsgestaltung zugrunde liegenden Akte

Wenn hier die Privatrechtsgestaltung im Verfahren der fG näher betrachtet wird, dann gehört dazu auch eine überblickartige Untersuchung über den Rechtscharakter der Akte, die im Rahmen der fG einen derartigen Effekt erzielen. Das gilt für den Bereich der fG um so mehr, als schon über das Wesen der fG selbst recht unterschiedliche Auffassungen bestehen [52].
Der Rechtscharakter der privatrechtsgestaltenden Akte im Rahmen des fG-Verfahrens hängt nun schon in der Sache vom Rechtscharakter des fG-Verfahrens selbst ab. Deshalb muß zunächst der Streitstand darüber vorausgeschickt werden.

1. Rechtscharakter des fG-Verfahrens

Die präzise Definition des Rechtscharakters des fG-Verfahrens ist immer wieder an der Vielfältigkeit der im Rahmen der fG angesiedelten Rechtsmaterien gescheitert [53]. So hat es seit Anfang des 19. Jahrhunderts bis in die jüngste Zeit nicht an zahlreichen Versuchen gefehlt, unter Anwendung rechtsdogmatischer Maßstäbe das "Wesen" des fG-Verfahrens zu bestimmen. Dabei wurden die entscheidenden Gesichtspunkte bald im Zweck[54], bald im Verfahrensgegenstand [55], bald im Verfahrensmittel[56] gesehen. Jede Theorie zeichnet sich zwar dadurch aus, daß sie Wesensmerkmale feststellt, die für einen Teilbereich der fG zutreffen, die dagegen in anderen ebenso bedeutsamen Bereichen nicht gelten. Keine dieser Definitionen kann deshalb für sich in Anspruch nehmen, alle Erscheinungsformen im Verfahren der fG zu umfassen. Bezeichnend für eine derartige Auffassung ist heute noch die Argumentation von Pikart-Henn[57], die damit endet, daß bedeutsame Bereiche der fG, wie z.B. die Regelungsstreitigkeiten, "wesensmäßig nicht zur fG gehören" [58].

---

52) Im einzelnen sehr gut dargestellt bei Bärmann, § 5
53) So auch: Habscheid, § 4 II 4
54) Ebenso: Wach, Handbuch § 6 I d; RGZ 94/172 (175), 99/160 (161); so heute noch: Pikart-Henn, aaO, S. 3 ff
55) So: Lent, ZZP 66/267 ff u. Lehrbuch 3.Aufl., § 2 II
56) Lent, Lehrbuch 3.Aufl. § 2 IV
57) Pikart-Henn, aaO, S. 3 ff
58) Pikart-Henn, aaO, S. 5/6

Richtiger erscheint es mir deshalb, die Unmöglichkeit einer umfassenden Definition dieses "komplexen Gebildes" (59) anzuerkennen und sich auf rein formale Aussagen zu beschränken, die jedoch den gesamten Bereich der fG präzisieren.
So ergibt sich schon aus Existenz und Inhalt des FGG, daß es sich bei dem Verfahren der fG um ein staatlich geordnetes Verfahren zur Erledigung aller rechtlicher Angelegenheiten handelt, die der Gesetzgeber ihm zugewiesen hat (6o). Weiter kann nun die Terminologie "Gerichtsbarkeit" daraufhinweisen, daß die Erreichung dieses rechtlichen Erfolgs durch das ho - heitliche Mitwirken eines Rechtsprechungsorgans im Sinne des Art. 92 GG bewirkt werden soll. Die Frage zur weiteren Prä - zisierung des Rechtscharakters des fG-Verfahrens geht also dahin, ob es sich dabei um Rechtsprechung im Sinne des Art. 92 GG oder andererseits zumindest teilweise um Verwal - tung im Rechtssinne handelt.
Daß diese Frage bis heute keine einhellige Antwort gefunden hat (61), liegt weitgehend begründet in dem noch in weiten Bereichen umstrittenen Begriff der Rechtsprechung selbst (62). Zu einer angemessenen und vor allem dem Willen des Grundge - setzgebers ensprechenden Definition des Rechtsprechungsbe - griffs im Sinne des Art. 92 GG gelangt man jedoch nur durch eine historisch-teleologische Auslegung dieser Grundgesetzbestimmung (63). Nach heute wohl herrschender Meinung wollte der Grundgesetzgeber nämlich durch Art. 92 GG kein neues Justizbild schaffen, denn er ging nicht von einer bestimmten dogmatischen Definition des Rechtsprechungsbegriffs aus, sondern er wollte den historischen Prozeß, der zur Bildung der Rechtsprechungsangelegenheiten geführt hat, im Verfassungs - range legitimieren (64). Entscheidende Kriterien für die Abgrenzung zur Verwaltung sind deshalb nicht nur die Unabhängig-

---

6o) Ebenso insbesonders: Habscheid, § 4 II 4; Bärmann, § 5 II mit weiteren Nachweisen; so auch f.d. schweizer Recht: Guldener, aaO, S. 1 ff
61) Siehe dazu Bettermann, F.f. Lent S. 17 ff
62) Siehe die unterschiedlichen Definitionen bei Bärmann, § 5 IV 2
63) Im einzelnen begründet das: Baur, DNotZ 55/5o7 (513, 519)
64) Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee, aaO, S. 56; ebenso für den Bereich der fG: Bärmann, § 5 IV 3; Habscheid, § 5 II 3; Pikart-Henn, aaO, S. 2; Keidel, aaO, § 1 Anm. 2; Jansen, § 1 Anm. 6

keit des Richters an sich (65) oder allein das Bestehen eines Rechtsstreites (66), sondern auch die Bedeutung der Angelegenheit für den Einzelnen oder die Allgemeinheit und die Schwere des Eingriffs, die unter Berücksichtigung der historischen Entwicklung eine Behandlung durch einen unabhängigen Richter erfordern (67).

So zählen zwar in erster Linie die Streitsachen zur Rechtsprechung im Sinne des Art. 92 GG; aber auch der nichtstreitige Bereich umfaßt Maßnahmen, die aufgrund ihrer Tragweite dem Richter vorbehalten sein müssen. In diesem Sinne ist seine Entscheidung z.B. dann erforderlich, wenn in die persönliche Freiheit des Einzelnen oder in dessen allgemeine Persönlichkeitssphäre eingegriffen wird (68). Das ist insbesondere im Unterbringungsrecht der Fall. Aufgrund dessen gehören aber auch weite Bereiche des Vormundschaftsrechts und Teile des Nachlaßwesens hierher (69). Hingegen sind keine Rechtsprechung im Sinne des Art. 92 GG die Gebiete des Vormundschafts- und Nachlaßrechts, die von geringerer Bedeutung sind (7o). Ebenfalls keinen Rechtsprechungscharakter haben danach auch alle Maßnahmen des Urkunds- und Registerwesens; denn sie dienen ja lediglich der ordnungsgemäßen Zulassung und der Klarstellung privater Rechtsbeziehungen (71).

Aber dennoch wird dieser nicht als Rechtsprechung angesehene Bereich heute allgemein nicht der "Verwaltung im verfassungsrechtlichen Sinne" zugeordnet (72). Er steht vielmehr auch außerhalb der Verwaltung. Verwaltungsentscheidung ist nämlich Entscheidung auch in eigener Sache (73). Diese Parteilichkeit fehlt aber insbesondere den Urkunds- und Registersachen. Hier dient der Staat in erster Linie der Fürsorge privater Interessen (74). Solche Neutralität erfordert rechtspolitisch aber dann auch eine Entscheidung durch ein unabhängiges Organ. So tendieren diese Rechtspflegeakte (75) also mehr zur Recht -

---

65) Thoma, aaO, S. 127 ff
66) Böttticher, ZZP 51/2o1 ff
67) Bärmann, § 5 IV 3a; Baur, DNotZ 55/5o7 (517)
68) Ebenso Baur, DNotZ 55/5o7(517); Bärmann, § 5 IV 4 a-c
69) Beispiele hierzu bei Baur, DNotZ 55/5o7(517); Bärmann, §5IV4c
7o) Siehe Beispiele bei Baur, DNotZ 55/5o7 (517/518)
71) So auch Bärmann, § 5 IV 4 d
72) Bärmann, § 5IV5; Habscheid, § 5 III; Pikart-Henn, aaO, S. 2

sprechung als zur Verwaltung. Mit Recht placiert man sie deshalb in das sogenannte "Vorfeld der Rechtsprechung". Dort profitieren sie für das Verfahren der fG zwar noch von den für die Rechtsprechung geltenden staatlichen Garantien [76], da es sich dabei aber nicht um Rechtsprechung im Sinne des Art. 92 GG handelt, sind diese Garantien nicht unentziehbar.
Gleichermaßen verlangen in diesem Sinne die weniger bedeutsamen Maßnahmen im Vormundschafts- und Nachlaßrecht, eben weil auch sie ein konkretes Fürsorgebedürfnis gegenüber Privatpersonen erfüllen, ein hohes Maß an Objektivität und damit die Unabhängigkeit des entscheidenden staatlichen Organs [77]. Sie sind deshalb genau wie die Urkunds- und Registersachen Rechtspflegeakte im o.g. Sinne.
Die Entscheidungen im Verfahren der fG sind also eigentliche Rechtsprechungsakte im Sinne des Art. 92 GG oder "Rechtspflegeakte im Vorfeld dieser Rechtsprechung".Für die Definition des Rechtscharakters des fG-Verfahrens bedeutet das dann, daß es sich dabei um ein staatlich geordnetes Verfahren handelt, in dem durch Gesetz zugewiesene rechtliche Angelegenheiten durch einen Richter oder ein anderes unabhängiges Rechtspflegeorgan erledigt werden.
Die nähere rechtliche Einordnung dieses "gerichtlichen" Verfahrens ergibt sich im übrigen daraus, daß sich der hier eingegrenzte Teilbereich der fG ausschließlich auf Verfahrensgegenstände aus dem Privatrecht beschränkt. Dieser Bereich des fG-Verfahrens [78] dient also ausschließlich der Verwirklichung der Privatrechtsordnung und ist folglich als Teil des Zivilverfahrensrechts, wenn auch in weiterem Sinne [79], zu

---

73) Niese, ZZP 73/1 (27 ff)
74) Vergleiche S. 23/24 u. S. 5o unten
75) Zur Terminologie siehe Habscheid, § 5 IV
76) Bärmann, § 5 IV 5
77) Im Ergebnis ebenso: Bärmann, § 5 IV 5 b
78) Aber auch die öffentlich-rechtlichen Streitsachen werden in diesen Rahmen eingeordnet, obwohl sie vom Wesen her der Verwaltungsgerichtsbarkeit näher stehen. Siehe dazu im einzelnen S. 22/23.Mit gewisser Berechtigung gründet man diese Einordnung auf die Sachnähe dieser Angelegenheiten zum Zivilrecht. Siehe hierzu die Literatur unter 1. Kapitel, Fußn. 13 u. 14
79) Zivilprozeß=Zivilverfahren im engeren Sinne

klassifizieren (8o).
Zusammenfassend ergibt sich also folgende Definition: Das fG-Verfahren ist ein zivilgerichtliches Verfahren im weiteren Sinne, in dem durch Gesetz zugewiesene Angelegenheiten durch Richterspruch oder durch Spruch eines anderen unabhängigen Rechtpflegeorgans erledigt werden.

2. Rechtscharakter der Privatrechtsgestaltungsakte im Verfahren der fG

Diese Erkenntnis bedeutet nun für die Privatrechtsgestaltung im Bereich der fG, daß sie das Produkt eines zivilgerichtlichen Verfahrens ist. Die privatrechtsgestaltenden Entscheidungen aufgrund des fG-Verfahrens sind also Gerichtsakte (81).

Eine nähere rechtliche Systematisierung dieser Akte stößt dann aber deshalb auf Schwierigkeiten, weil den Verfahrens - handlungen der fG im Gegensatz zum Zivilprozeß eine klare Diktion fehlt. Allgemein werden heute jedoch dem Begriff der "Verrichtung" alle gerichtlichen Tätigkeiten im Verfahren der fG untergeordnet (82). Er umfaßt sowohl solche Tätigkeiten mehr passiver Art, wie etwa die bloße Entgegennahme einer Erklärung oder die Entgegennahme und formgerechte Beurkundung dieser Erklärung, als auch aktive verfahrensleitende oder verfahrensbeendende Handlungen.
Entscheidend in diesem Zusammenhang ist es aber, daß die entsprechenden Verrichtungen Privatrechtsgestaltungswirkung äußern.
Im Anschluß an das bereits in Bezug auf die Mitwirkungserfordernisse Ausgeführte (83) ist nun auch hier davon auszugehen, daß die bloße Entgegennahme von Erklärungen bzw. deren Entgegennahme und formgerechte Beurkundung keine Gestaltung durch Gerichtsakt, sondern gegebenenfalls Gestaltung durch Privatperson ist. Infolgedessen erlangen diese Tätigkeiten mehr passiver Art in diesem Zusammenhang keinerlei Relevanz.

8o) Pikart-Henn, aaO, S. 1; Habscheid, § 4 III 2; Baur, § 2 A I; Bärmann, § 3 I 1 u. § 5 III 2; Schönke-Kuchinke, aaO, § 1o II 2
81) Im Gegensatz zu Verwaltungsakten
82) Baur, § 22 B I; Bärmann, § 14 III 1a; Habscheid, § 23 II 1; Pikart-Henn, aaO, S. 9o
83) Siehe S. 29/3o

Bedeutsam sind hier nur die aktiven Gerichtshandlungen.

Auch davon können aber nur solche Verrichtungen Privatrechtsgestaltungswirkung haben, die eine Sachentscheidung treffen (84). Ausgeschlossen sind deshalb auch die rein verfahrensleitenden Verrichtungen. Wenn also im Ergebnis nur die verfahrensbeendenden Gerichtshandlungen Gestaltungswirkung haben, so betrifft das jedoch nicht nur die eigentlichen Endentscheidungen, sondern, soweit zulässig, auch die einstweiligen Anordnungen (85). Letztere entscheiden zwar nicht den gesamten anhängigen Verfahrensgegenstand, und ihre Endentscheidungswirkung betrifft auch ein gesondertes Verfahrens, sie entscheiden aber in der Sache selbst. Dieses jedoch qualifiziert sie zusammen mit den Endentscheidungen im übrigen, auch Gestaltungswirkung äußern zu können, und dieses gibt ihnen dann auch gemeinsam den rechtlichen Gehalt einer Verfügung im Sinne des § 19 Abs. 1 FGG (86).

Die Privatrechtsgestaltung im Verfahren der fG ergeht also durch zivilgerichtliche Verfügungen im Sinne des § 19 Abs. 1 FGG.

Der Vollständigkeit halber sei weiter noch darauf hingewiesen, daß auch das fG-Verfahren in der Sache außer durch einseitigen Gerichtsakt auch durch Dispositionsakt beendet werden kann (87). Doch abgesehen davon, daß eine derartige Verfahrensbeendigung nur im Streitverfahren vorkommen kann (88), liegt selbst bei Erzielung eines Rechtsänderungseffektes keine Gestaltung im oben abgegrenzten Sinne (89) vor. Die Rechtsänderung ist nämlich in diesem Falle zumindest auch die Folge der Dispositionsbefugnis des dieser Änderung Unterworfenen. Rechtsgestaltung setzt aber wesensmäßig voraus, daß sie aufgrund zweckgerichteten Handelns des Gestaltungsbefugten, nicht aber des ihr Unter-

---

84) So auch Habscheid, § 23 II 1; Bärmann, § 19 II 2 b
85) Wie z.B.: §§ 53a Abs. 3, 55a Abs. 3 FGG, § 13 Abs. 4 HausratsVO, §§ 13,14 VHG, § 18 LwVG, § 44 Abs. 3 WEG
86) Baur, § 29 A II 2 a; Bärmann, § 28 I 2 u. 3 d; BGHZ, 16/177 (178/179)
87) Bärmann, § 18; Habscheid, § 22 II; Pikart-Henn, aaO, S. 89/9o
88) Nur hier können die Beteiligten über den Streitgegenstand disponieren. Siehe dazu Bärmann, § 18 II 1 u. III
89) Siehe S. 2/3

worfenen eintritt. Hier tritt die Rechtsänderung entweder nur aufgrund Handelns des Unterworfenen [90], oder zumindest auch deswegen ein [91]. Es kann sich also dabei nicht um Rechtsgestaltung in dem hier verstandenen Sinne handeln.
Privatrechtsgestaltungsakte im Verfahren der fG sind also Zivilgerichtsakte, die rechtlich als Sachverfügung im Sinne des § 19 Abs. 1 FGG zu qualifizieren sind und die, vom Gestaltungsbefugten oder auf eine Handlung des Gestaltungsbefugten hin erlassen, zur Begründung, Änderung oder Aufhebung einer Privatrechtslage führen [92].

III. Bedeutung der Privatrechtsgestaltung im Verfahren der fG

In einer älteren Literaturmeinung ist in Gegenüberstellung zum Zivilprozeß die Gestaltung der Privatrechtsordnung als Wesensmerkmal des fG-Verfahrens angesehen worden [93]. Diese Auffassung hält sicherlich den heutigen Gegebenheiten in dieser Form nicht mehr stand. Die Erweiterung des fG-Verfahrens insbesondere um die Streitsachen hat auch dem Bereich der fG wiederherstellende, das heißt Leistungs- und Feststellungsentscheidungen zugeordnet [94]. Sodann dient auch der Zivilprozeß in charakteristischen Bereichen der Gestaltung der Privatrechtsordnung durch Begründung, Fortbildung und Veränderung privatrechtlicher Verhältnisse [95].
Richtig an dieser Auffassung ist aber, daß nach wie vor weite Gebiete der fG der Privatrechtsgestaltung dienen [96]. Außerdem besteht im allgemeinen zwischen der Privatrechtsgestaltung durch Gestaltungsurteil und der Rechtsgestaltung im Verfahren

---

90) Wie beim Anerkenntnis
91) Wie beim Vergleich
92) Vergleiche Defintion S. 3 mitte
93) Wach, Handbuch § 6 I d; Heute ist das noch die am ehesten ansprechende Theorie für Jansen, § 1 Anm. 4
94) Bärmann, § 4 II 1 b u. AcP 154/373 (384)
95) Wie z.B. in den Fällen der §§ 242, 343 BGB, § 14o HGB, §§ 6o6 ff ZPO
96) Wie z.B. vorwiegend die Vormundschaftssachen die Registersachen oder die Regelungsstreitigkeiten

der fG ein wesentlicher Unterschied in der Wirkung. Während nämlich das Gestaltungsurteil regelmäßig nur negativ wirkt [97], das heißt also ein bestehendes Rechtsverhältnis auflöst, ist Verfahrensziel der fG meist ein Interessenausgleich, der schon von der Sache her auch zu einer positiven Rechtsgestaltung durch Begründung und Fortbildung von Rechtsverhältnissen zwingt [98]. Aber gerade dazu ist das Verfahren der fG aufgrund seiner freieren und anpassungsfähigeren Ausgestaltung auch besonders geeignet. Deshalb ist es auch vertretbar, von der Privatrechtsgestaltung als dem eigentlichen Kern der fG-Entscheidungen zu sprechen [99], wenn das fG-Verfahren auch nicht die Ausschließlichkeit gestaltender Entscheidungen für sich in Anspruch nehmen kann.
Zusammenfassend ergibt sich also, daß es vor allem an der besonderen Eigenart des fG-Verfahrens liegt, daß im Bereich der fG die Privatrechtsgestaltung von besonderem Umfang und besonderer Wirkung ist. Die Privatrechtsgestaltung ist also in der fG sowohl quantitativ als auch qualitativ von besonderer Bedeutung.

---

97) Ausnahmen hierzu bei Schlosser, aaO, S. 53 ff
98) Ebenso: Bötticher, F.f. Lent S. 89 (99); Bärmann, § 5 III 1 b
99) So äußert sich Bärmann, AcP 154/373 (383)

2. KAPITEL: Materiell-rechtliche Grundlage der Privatrechtsgestaltungsmöglichkeiten im Verfahren der fG

Ausgehend von der großen Bedeutung der Privatrechtsgestaltung im Verfahren der fG ergibt sich insbesondere die Frage nach der materiell-rechtlichen Legitimation dieser Privatrechtsänderungsmöglichkeiten. Schon in der Einleitung (1) wurden überblickartig die materiell-rechtlichen Grundlagen zivilprozessualer Gestaltungsklagen dargestellt. An den dort gewonnenen Ergebnissen kann nun der Privatrechtsgestaltungsbereich der fG gemessen werden, zumal es sich ja dabei auch um Zivilgerichtsbarkeit handelt. Nun war eines der Ergebnisse, daß die materiell-rechtliche Grundlage differierte, je nachdem um welche Art der Gestaltungsklagen es sich handelte (2). Inzwischen wurde auch für das fG-Verfahren festgestellt, daß es sehr verschiedenartig ausgestaltete Verfahrensarten umfaßt. Es ist deshalb sinnvoll, diese verschiedenen Bereiche gesondert zu untersuchen und dabei auch noch nach Sachzusammenhängen zu untergliedern.

I. Materiell-rechtliche Grundlage im nichtstreitigen Bereich

Im nichtstreitigen Bereich ergehen, wie bereits ausgeführt, privatrechtsgestaltende Gerichtsakte von Amts wegen oder nur auf Antrag.
Der Zweck dieser gerichtlichen Tätigkeit wird richtigerweise allgemein in der Hilfeleistung im Miteinander der Rechtsgenossen gesehen (3). Für alle Fälle ist also ein Fürsorgebedürfnis, wenn auch in unterschiedlichster Form, Anlaß des Eingriffs. Im einzelnen handelt es sich dabei um Personen- oder Vermögensfürsorge, aber auch um allgemeine Privatrechtsfürsorge aus Gründen der Aufrechterhaltung eines gesicherten Rechtsverkehrs (4). Die Hilfe auf der Grundlage der fG gilt damit aber jedenfalls im Ergebnis immer einem schutzwürdigen Privatinteresse (5).

---

1) Siehe S. 4 ff
2) Siehe S. 12 u. 15
3) Siehe hierzu schon die Ausführungen auf S. 23/24 mit den Literaturangaben unter Fußn. 17
4) So auch Habscheid, § 6 I 2; Baur, § 1 III 1
5) Bikart-Henn, aaO, S. 5; Baur, § 1 III 1; Habscheid, §6 II 3

Das bedeutet aber noch nicht, daß aus der Anerkennung der Schutzwürdigkeit dieser privaten Interessen der entsprechenden Entscheidung materiell-rechtlich ein privates Gestaltungsrecht (6) zugrunde liegt.

1. Im amtswegigen Verfahren

Das gilt insbesondere für das von Amts wegen eingeleitete Verfahren.
Abgesehen davon, daß der Einfluß der Beteiligten auf Beginn, Gegenstand und Gang des Verfahrens beschränkt ist (7), ergeben sich auch nirgendwo Privatinteressengegner, denen gegenüber also diese Privatinteressen, wenn auch mit Hilfe des Gerichts, durchgesetzt werden könnten. Daß diese Privatinteressen also nicht die Grundlage eines subjektiven Privatrechts sein können, steht außer Frage.
Falls diese Interessen derart stark ausgestaltet sind, daß sie sich zu einem subjektiven Recht des Einzelnen verdichtet haben, so kann sich infolgedessen diese Rechtsposition nur aus dem öffentlich-rechtlichen Bereich ergeben.
Dafür spricht,daß dem Privatinteresse ein sehr starkes öffentliches Interesse an der Gestaltung zur Seite steht. Dieses weitgehende öffentliche Interesse ergibt sich zunächst daraus, daß überhaupt der Gesetzgeber derartige Verfahren, auf deren Beginn und Ziel der Einzelne nur beschränkten Einfluß hat, zu dessen Hilfeleistung bereitstellt. So macht er nämlich die Regelung privater Bedürfnisse zu seinem eigenen, also öffentlichen Anliegen. Im übrigen hat er auch ausdrücklich bestimmte Rechtsgüter, wie etwa Ehe und Familie (8), unter den besonderen Schutz der staatlichen Ordnung gestellt. Dann muß er aber auch die Möglichkeit schaffen, aus eigenem Recht, also hoheitlich, eingreifen zu können, wenn diese Rechtsgüter der Rechtsfürsorge bedürfen (9). Amtswegige Privatrechtsgestal -

---

6) Vergleiche S. 12
7) Dazu im einzelnen Bärmann, § 13 I 1 und II 1
8) Nach Dürig in Maunz-Dürig,aaO, Art. 1 Anm. 98 verpflichtet Art. 6 Abs. 1 GG den Staat zum Schutz und zur Förderung dieser Rechtsinstitutionen
9) Bezeichnenderweise betrifft amtswegige Privatrechtsgestaltung im fG-Verfahren auch vor allem den Bereich der Vormundschaftssachen=Zimmermann, Rpfleger 1962/42

tung ergeht deshalb weniger aufgrund privater Interessen, sondern es überwiegt das öffentliche Interesse, wenn auch ausschließlich an der Regelung dieser privaten Angelegenheiten.

Sollte also dem Einzelnen zum Ausgleich einer möglichen Kollision dieser unterschiedlichen Interessen eine eigene geschützte Rechtsposition auf Vollzug von bestimmter Gestaltung zuzugestehen sein, so könnte diese Rechtsstellung folglich nur öffentlich-rechtlicher Natur sein, zumal ja auch Passivsubjekt einer solchen Berechtigung allein die Organe der fG sein würden. Die Anerkennung einer derartigen Rechtsposition bedeutete damit aber die Annahme eines öffentlich-rechtlichen Rechtsschutzanspruches für diesen Bereich der fG. Daß dessen Annahme jedoch aus dem gesamten Verständnis des Zivilverfahrensrechts nicht nur bedenklich, sondern sogar überflüssig ist, wurde oben für den Bereich des Zivilprozesses schon ausführlich festgestellt (1o). Daß ähnliche Bedenken aber auch für die fG gelten, soll unten für den gesamten nichtstreitigen Bereich im Zusammenhang mit einer Analyse der hier gefundenen Ergebnisse dargestellt werden (11). Kein Privater hat deshalb im Falle der amtswegigen Privatrechtsfürsorge ein subjektives Recht auf die ergehende Gestaltung.
Der Gestaltung liegt vielmehr ausschließlich eine pflichtige öffentlich-rechtliche Befugnis des zuständigen fG-Organs zur Gestaltung zugrunde (12). Wenn auch keine Privatperson ein Recht auf die Gestaltung hat, so ist doch andererseits der fG-Richter verpflichtet, in den betreffenden Einzelfällen gestaltend in private Rechtsbeziehungen einzugreifen. Diese Eingriffsverpflichtung und die daraus sich ergebende Berechtigung, die vorgesehenen Maßnahmen auch vollziehen zu können, findet ihre Grundlage in seiner Pflicht gegenüber der Rechtsordnung zur Aufrechterhaltung der objektiven Ordnung, hier konkret zum Schutze besonders betreuungswürdiger Rechtsgüter (13) als Teil der objektiven Ordnung. Mögliche aus dem Gegenstand der zu regelnden Privatrechtsverhältnisse bestehende private Inte-

---

1o) Siehe S. 5 ff insbesondere S. 1o/11 u. S. 13/14
11) Siehe S.48 ff
12) Entsprechend S. 12 ff insbesondere S. 15
13) Hier vor allem Ehe und Familie

ressen sind materiell-rechtlich nicht schutzwürdig und haben hinter dem allein die betreffende Regelung erfordernden, ausschließlich öffentlichen Interesse an der Aufrechterhaltung der objektiven Ordnung zurückzutreten. Wo deshalb im Bereich der amtswegigen Rechtsfursorge Privatinteressen auf mögliche Rechtspositionen eines Privatrechtssubjektes hinweisen, handelt es sich lediglich um Rechtsreflexe der öffentlich-rechtlichen Befugnis der Gerichte der fG zur Privatrechtsgestaltung (14).

Auch vom Ergebnis her ist dieser rechtlichen Unterwerfung der Privatinteressenträger unter die Gestaltungsbefugnis der fG-Gerichte deswegen zuzustimmen, weil der Richter ja zur Hilfe verpflichtet wird, die Zielvorstellungen zwischen dem betreuungswürdigen Privatinteresse und dem öffentlichen Interesse also schon von Hause aus kaum divergent sind. Wo sie dennoch divergieren, können sie dann ohne bedeutenden Eingriff in das Privatinteresse der öffentlichen Fürsorgebereitschaft unterstellt werden. Im übrigen ist auch nur durch diese weitreichende Ermächtigung der fG-Organe gewährleistet, daß die Hilfeleistungen ohne Überforderung des Gesetzgebers jedem Einzelfall angepaßt werden kann. Nicht zuletzt ergibt sich die Richtigkeit der hier vertretenen Auffassung deshalb aus den tatsächlichen Anforderungen an diesen Bereich der fG, nämlich aus der Vielfalt der dort im Einzelfall zu regelnden Lebenslagen.
Die materiell-rechtliche Grundlage der Privatrechtsgestaltung im amtswegigen fG-Verfahren ist also eine pflichtige öffentlich-rechtliche Befugnis des fG-Gerichts zur Gestaltung. Der fG-Richter ist hier der Gestaltungsbefugte.

2. Im Antragsverfahren
Etwas anderes kann sich für auf Antrag eingeleitete Nichtstreitverfahren deshalb ergeben, weil die so Berechtigten durch das Antragserfordernis einen weitgehenden Einfluß auf das Verfahren ausüben. So bestimmen sie mit dem Antrag nicht nur den Beginn oder den Gegenstand des Verfahrens, sondern sie

---

14) Vergleiche S. 15

können das Verfahren auch durch Rücknahme des Antrags in der Hauptsache beenden [15].

Infolgedessen ist zwar einerseits nicht zu verkennen, daß hier über das amtswegige Verfahren hinausgehend ein Privatinteresse an der Rechtsfürsorge besteht und durch das Antragserfordernis auch rechtliche Anerkennung gefunden hat [16]. Andererseits richtet sich aber auch in diesen Fällen das private Interesse an einer Regelung nicht gegen eine Privatperson, sondern gegen die Organe der fG als Träger hoheitlicher Gewalt. Sollte deshalb dieses Privatinteresse zu einem subjektiven Recht verdichtet sein, so kann es sich auch hier nur um einen öffentlich-rechtlichen Rechtsschutzanspruch handeln. Dessen Annahme ist aber für die fG, als Zivilverfahrensrecht im weiteren Sinne, abzulehnen [17].

Auch für nichtstreitige Antragssachen ist aus rechtlichen und tatsächlichen Gründen die materiell-rechtliche Grundlage der jeweils ergehenden Privatrechtsgestaltung eine pflichtige öffentlich-rechtliche Befugnis [18] des fG-Organs zur Gestaltung. Rechtlich ist nämlich dieses erhöht zum Ausdruck gekommene Privatinteresse nicht derart stark zu bewerten, daß es eine Rechtsmacht auf eine bestimmte Sachentscheidung gewähren könnte. Wenn hier auch das Privatinteresse an der Rechtsfürsorge auf Kosten des öffentlichen Interesses daran mehr in den Vordergrund tritt, so schlägt diese Höherbewertung sich doch allein in einer stärker exponierten verfahrensrechtlichen Stellung der Berechtigten, in der Antragsbefugnis nieder. Materiell-rechtlich ist dieses Interesse lediglich als Rechtsreflex der dem öffentlichen Interesse an der Rechtsfürsorge entspringenden Befugnis der fG-Organe zur Gestaltung zu qualifizieren [19].

Dieses Ergebnis entspricht auch den tatsächlichen diesem Bereich der fG zugeordneten Sachlagen, die weitgehend derart

---

15) Zimmermann, Rpfleger 1962/42; Bärmann, § 13 II 2; Habscheid, § 18 II 2; Baur, § 16 II 2
16) Habscheid, § 6 II 3; Baur, § 1 II 2
17) Vergleiche S. 5 ff, S. 45 u. S. 48 ff
18) Entsprechend S. 12 ff
19) So im Ergebnis auch Habscheid, § 6 II 3

vielgestaltig sind, daß ohne Überforderung des Gesetzgebers eine dem jeweiligen Einzelfall angepaßte Hilfeleistung für den Fall kaum möglich wäre, daß dem Einzelnen jeweils ein subjektives Recht auf eine bestimmte Hilfe zustände. Die materiellrechtliche Grundlage auch der Privatrechtsgestaltung in nichtstreitigen Antragsverfahren der fG ist also eine pflichtige öffentlich-rechtliche Befugnis des fG-Gerichts zur Gestaltung.

3. Rechtspolitische Analyse dieser Ergebnisse

Wenn diese Ergebnisse für das amtswegige und das Antragsverfahren auch mit der herrschenden Meinung über die materielle Rechtstellung der Beteiligten im nichtstreitigen Bereich der fG übereinstimmen (2o), so ist doch nicht zu verkennen, daß gleichzeitig damit die Rechtstellung des Rechtsuchenden sehr eingeschränkt gesehen wird. Er bleibt nämlich zunächst allein auf die verfahrensrechtliche Antragsbefugnis verwiesen, die nach Meinung eben dieser Autoren auch nur im Antragsverfahren zwingend ein Verfahren auslöst.
Neuerdings zweifelt deshalb vor allem Kollhosser (21) daran, daß eine derart beschränkte Rechtsposition noch der gegenwärtigen Rechtsentwicklung entspricht. Ganz generell stellt er dort nämlich mit Recht eine Bewegung zu einer Verbesserung und Verstärkung des Rechtschutzes zugunsten des Einzelnen fest. So dürfte der Betroffene, seiner Meinung nach, aus dem Wandel der wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse und der sozialethischen Wertung, sowie dem Leitgedanken des Grundgesetzes nicht länger Objekt hoheitlichen Handelns und Gegenstand einer richterlichen Pflicht sein, sondern er müsse selbst Subjekt dieser Verpflichtung werden. Der Einzelne sei zwar der öffentlichen Gewalt unterworfen, nicht aber Untertan, sondern Bürger (22). Rechtstechnisch wirke sich diese Entwicklung u.a. in einer verstärkten Neigung zur Konstruktion von

---

2o) Habscheid, § 6; Bärmann, § 4 I; Baur, § 1 III 1; Pikart-Henn, aaO, S. 5 ff; Zimmermann, Rpfleger 1962/42; Jansen, Vorbem. 58 vor §§ 8-18; im Ergebnis auch Keidel, aaO, § 12 Anm. 1, 4 u. 1o9
21) Kollhosser, aaO, S. 41 u. 3o2
22) So Kollhosser, aaO, S. 3o2 mit Hinweis auf BVerwGE 1/159

subjektiv-öffentlichen Rechten aus. Als Ergebnis einer rechtssoziologischen Entwicklung ergebe sich deshalb, daß immer dort, wo das Gericht der fG verpflichtet sei, primär oder sekundär zugunsten eines bestimmten Einzelinteresses tätig zu werden, der zur Wahrung dieses Interesses Berufene vom Gericht auch die Erfüllung dieser Pflicht verlangen könne (23).
In den hier behandelten fG-Angelegenheiten wird aber immer Hilfe zugunsten eines schutzwürdigen Privatinteresses geleistet (24). Folgerichtig hat deshalb der Betroffene nach Kollhosser hier auch immer ein subjektiv-öffentliches Recht auf deren Schutz, damit aber einen öffentlich-rechtlichen Rechtsschutzanspruch (25) im o.g. Sinne (26).
Für den Zivilprozeß konnte jedoch die Zulässigkeit und auch insbesondere die Notwendigkeit dieses Rechtsschutzanspruches schon ausreichend in Zweifel gezogen werden (27). Da es sich hier auch um ein zivilrechtliches Verfahren handelt, bleiben diese systemadäquaten Bedenken weitgehend bestehen (28). Bevor deshalb mit Kollhosser der Rechtsschutzanspruch dennoch als Zweckschöpfung (29) anzuerkennen ist, wird seine Zweckmäßigkeit und Notwendigkeit hier im einzelnen festzustellen sein.
Sicherlich wird man in einem modernen Rechtsstaat wie der Bundesrepublik die Bürger für mündig genug halten müssen, daß sie ihre Interessen durchzusetzen verstehen, wenn ihnen nur ausreichende Möglichkeiten dazu gegeben werden. Auch sollte man darauf bedacht sein, daß die Komplizierung der Lebensverhältnisse in unserer hochindustrialisierten Gesellschaft nicht dazu führt, daß eine über die für notwendig erachtete Daseinsvorsorge angewachsene staatliche Macht den Rechtsschutz des Einzelnen immer mehr einschränkt, sodaß am Ende die Privatinitiative auch rechtlich im Sozialstaat untergeht. Die

---

23) Kollhosser, aaO, S. 303
24) Vergleiche S. 43 unten
25) Kollhosser, aaO, S. 303
26) Siehe S. 5 ff, S. 45 u. S. 47
27) Siehe S. 6 ff
28) Wie z.B.: Gericht=Passivsubjekt; subjektives Recht, aber nicht erzwingbar
29) Vor allem aus Zweckmäßigkeitsgründen hat der Rechtsschutzanspruch f. Kollhosser, aaO, S. 64 seine Daseinsberechtigung

Sicherung und Stärkung der Rechtsschutzgarantien der Rechtsunterworfenen ist deshalb ganz allgemein nicht nur ein brauchbares, sondern auch ein notwendiges von Kollhosser an den Gesetzgeber herangetragenes Anliegen (3o).
Hier soll dem nur zu bedenken gegeben werden, ob dazu die Institutionalisierung des diesem Verfahren weitgehend fremdartigen Rechtsschutzanspruches im Bereich der fG notwendig ist, oder ob es nicht ausreicht, im Anschluß an die vorhandenen materiellrechtlichen Verfahrensgrundlagen den Rechtsschutz der Beteiligten rein verfahrensrechtlich abzusichern und zu erweitern. Auch hierfür sieht Kollhosser ja umfangreiche Möglichkeiten (31).

Mit gewisser Berechtigung verführt insbesondere die sachliche Nähe der Fürsorgesachen zum Verwaltungsrecht zu einem Vergleich der materiellen Rechtsstellungen der Verfahrensbeteiligten und sogar zu deren Angleichung aneinander (32). Aber gerade weil die Verpflichtungssubjekte rechtlich weitgehend unterschiedlich ausgestaltet sind, ist eingehender zu differenzieren. Gegenüber dem unabhängigen und nicht im Eigeninteresse handelnden Richter reduziert sich ohne Zweifel die Gefahr, daß der Rechtssuchende ein bloßes Objekt hoheitlichen Handelns bildet. Auch im Bereich der fG ist eben der Richter nicht in erster Linie Interessenvertreter der hoheitlichen Gewalt, also des Staates. Vielmehr liegt der Kern seines Handelns gerade darin, private Belange in rechtsordnungsadäquate Bahnen zu leiten, also individuelle Lebensbeziehungen zu regeln (33). Im Gegensatz dazu hat der Verwaltungsbeamte vorwiegend sein Augenmerk auf die Erfüllung der Ordnungsaufgaben und die Regelung des Gemeinwesens zu richten. Soweit dabei Fürsorge geleistet wird, ist sie nicht wie beim fG-Richter einzelpersönlichkeitsbezogen, sondern gemeinschaftsorientiert. Während der Verwaltungsbeamte primär ein öffentliches Anliegen erfüllt, wenn auch durch Inanspruchnahme einer Privatperson, greift der fG-Richter primär mit Richtung auf ein Privatrechtssubjekt ein, wenn auch ebenfalls in Erfüllung einer konkreten öffentlichen Pflicht. Die Rege-

---

3o) Kollhossers Untersuchungen,aaO, sind Arbeitsunterlage der FGG-Reformkommission; vergleiche das Vorwort
31) Siehe dazu Kollhosser,aaO, S.292 ff, 3o8 ff, 41o - 411
32) Kollhosser, aaO, S. 3o2
33) Baur, DNotZ 55/5o7 (516); Habscheid, § 5 II 3;Pikart-Henn, aaO,S.1; Westermann,AcP 152/445(446);Jansen,§ 1 Anm. 4

lung öffentlicher Angelegenheiten ist im Verwaltungsrecht unmittelbare, im Bereich der fG jedoch nur mittelbare Folge des Aktes. Tatsächlich sind also die Garantien zum Schutze der Rechtsstellung des Einzelnen schon von der Sache her im fG-Verfahren umfangreicher als im Verwaltungsverfahren. Selbst ein aus der Sachnähe gerechtfertigter Vergleich mit dem Verwaltungsrecht läßt deshalb nicht ohne weiteres die Notwendigkeit einer Verbesserung der Rechtsstellung des Rechtsschutzunterworfenen in materieller Hinsicht, also die Notwendigkeit eines öffentlich-rechtlichen Rechtsschutzanspruches erkennen.

Im übrigen ist Kollhosser insofern zuzustimmen, daß der Justizanspruch als materielles Recht des Rechtsschutzunterworfenen auch im amtswegigen Verfahren einen weitreichenden verfahrensrechtlichen Rechtsschutz ermöglicht [34]. Seine sachgerechte Inanspruchnahme wird auch dort den Betroffenen ein Recht auf Prüfung und Bescheidung durch das angegangene fG-Organ gewähren müssen. Schon dadurch hat er aber weitreichende Rechtsschutzgarantien inne, ohne daß der Richter gleich auf eine bestimmte Sachentscheidung festgelegt ist.

Eine derartige Festlegung hätte jedoch die Gewährung eines öffentlich-rechtlichen Rechtsschutzanspruches zur Folge. Gerade diese Tatsache macht ihn aber für den nichtstreitigen Bereich zu einem höchst unzweckmäßigen Institut. Hier geht es nämlich darum, daß dem Einzelnen in den unterschiedlichsten Formen für die unterschiedlichsten Lebenslagen adäquate Rechtsfürsorge geleistet wird. Deswegen mußte der Gesetzgeber auch notgedrungen in gewissem Umfange zugunsten des Richters "abdanken" und ihm die Verantwortung überlassen, jeweils eine angemessene Entscheidung zu treffen. In der Tat ist deshalb auch im nichtstreitigen Bereich dem fG-Richter in weitem Umfange für seine Entscheidungen Ermessen eingeräumt [35]. Dieses weitgehende Bedürfnis nach einem Entscheidungsspielraum steht aber in Widerspruch zum Postulat des Rechtsschutz -

---

34) Kollhosser, aaO, S. 3o3 ff
35) Siehe die Zusammenstellung bei Schuhmann, aaO, S.1o9 ff und vergleiche S. 61 ff

spruchs, den Richter in seiner Entscheidung festzulegen. So ergibt sich also zwischen dem Rechtscharakter der nichtstreitigen fG-Angelegenheiten und dem Rechtsschutzanspruch eine Diskrepanz [36], die, abgesehen einmal von der Notwendigkeit des Rechtsschutzanspruchs in diesem Bereich, sicherlich aber dessen Unzweckmäßigkeit augenscheinlich werden läßt.
So scharf beobachtet der Ausgangspunkt in Kollhossers Ausführung ist, wo er eine stärkende Bewegung zugunsten der Rechtsstellung der Rechtsschutzunterworfenen feststellt, so richtig er auch diese Veränderung auf die Verfahrensbeteiligten in der fG bezieht und deshalb für eine Verbesserung ihrer Rechtsschutzgarantien plädiert, so zweifelhaft ist aber selbst aus Notwendigkeits- und Zweckmäßigkeitsüberlegungen die Renaturalisierung des Rechtsschutzanspruches für den nichtstreitigen Bereich der fG.
Man wird deshalb auch im Hinblick auf die Einheit des Zivilverfahrensrechts davon ausgehen müssen, daß Rechtsschutzgarantien im Verfahren der fG nur das Recht auf ein Verfahren [37] und das Recht durch Antrag ein Verfahren auszulösen [38] sind. Beide Rechtsstellungen bedürfen zwar allein und in Verbindung miteinander, genau wie die verfahrensrechtliche Stellung der Beteiligten ansonsten, einer normativen Klarstellung und Verbesserung [39]. Ihnen aber, wenn auch nur zur besseren Darstellung und Systematisierung der verfahrensrechtlichen Problematik, eine materielle Rechtsstellung in Form eines öffentlich-rechtlichen Rechtsschutzanspruchs an die Seite zu stellen, wird nicht nur nicht notwendig, sondern vor allem auch höchst unzweckmäßig sein.
Konstatierend sei hier noch auf die Übereinstimmung mit den zivilprozessualen Entmündigungs- bzw. Aufgebotssachen hingewiesen. Auch in Bezug auf die materiell-rechtliche Grundlage ihrer Entscheidungen sind diese also mit den nichtstreitigen

---

36) Vergleiche auch schon die einschlägigen Ausführungen auf S. 46/47/48
37) Ein Justizanspruch
38) Ein verfahrensrechtliches Antragsrecht
39) Siehe im einzelnen Kollhosser auf S. 5o unten, Fußn. 31

fG-Angelegenheiten vergleichbar [40].

II. Materiell-rechtliche Grundlage der Streitsachen

Auch der streitige Bereich läßt sich in zwei Sachgruppen unterteilen, nämlich in solche Streitigkeiten, die auf eine Entscheidung vorwiegend subsumierender Natur hinauslaufen und andere, bei denen über eine bloße Subsumption die Regelung eines ganzen umstrittenen Rechtsverhältnisses durch gestaltenden Gerichtsakt erstrebt wird. Es handelt sich bei letzterem um die Regelungsstreitigkeiten, im übrigen um die sonstigen privatrechtsgestaltenden Streitsachen im Rahmen der fG.
Das wesentliche Kennzeichen, durch welches sich diese Streitsachen von den oben behandelten Rechtsfürsorgeangelegenheiten unterscheiden, ist nach heute allgemeiner Auffassung, daß die Beteiligten sich hier in ähnlicher Weise gegenüberstehen wie die Parteien des Zivilprozesses [41]. So beherrschen die Beteiligten z.B. das Verfahren, indem sie es durch Anträge einleiten und bestimmen, durch Dispositionsakte beenden oder durch Schiedsgerichtsabreden ausschließen können [42]. Verfahrenszweck ist dabei nicht die Erfüllung eines Rechtsfürsorgebedürfnisses, sondern die Entscheidung über einander entgegenstehende Interessen, sodaß sich also in ihnen schon von da her zwei oder zwei Gruppen von kontrahierenden Beteiligten gegenüberstehen. In der Regel herrscht also im Streitverfahren Streit [43].
Damit unterscheiden sich diese Angelegenheiten auch grundsätzlich von den übrigen Antragssachen im Rechtsfürsorgebereich. Letztere setzen nämlich nicht notwendigerweise mehrere Beteiligte voraus [44].
Die derart weitgehende Annäherung der Stellung der Beteiligten

---

40) Hier schließt sich also der Kreis zu den Bemerkungen auf S. 13 mitte
41) BGH LM Nr. 2 zu § 16 FGG Bl. 2; siehe im übrigen die Ausführungen auf Bl. 24 und die Literatur unter Fußn. 2o
42) BGHZ 6/248 ff; Habscheid, ZZP 66/188 ff
43) Siehe dazu im einzelnen S. 24
44) Bärmann, § 4 I 2 c u. d

im Streitverfahren der fG an die regelmäßige Stellung der Parteien im Zivilprozeß kann nun aber auch bedeuten, daß die materiell-rechtliche Grundlage der Privatrechtsgestaltung in Streitsachen, genau wie die der meisten zivilprozessualen Gestaltungsklagen, ein subjektives Privatrecht auf den gestaltenden Gerichtsakt, also ein privates Gestaltungsklagerecht ist [45].

1. Die Regelungsstreitigkeiten

Ob diese Schlußfolgerung für die Streitsachen gilt, soweit es sich um Regelungsstreitigkeiten handelt, ist zweifelhaft und wird, soweit man überhaupt darauf eingeht, auch in der Literatur nicht einhellig beurteilt.

a) Kritische Auffassungen

aa) So spricht vor allem Lent [46] nicht nur dem nichtstreitigen Bereich [47], sondern auch den Regelungsstreitigkeiten ein subjektives Recht einer Privatperson auf gestaltenden Gerichtsakt ab [48].
Er führt vor allem für den Bereich der Vertragshilfe durch das VHG aus [49], daß man wohl kaum annehmen könne, daß der den Antrag stellende Schuldner ein Recht gegen den Gläubiger auf Herabsetzung oder Stundung behaupte. Vielmehr wende sich der Schuldner an das Gericht, um dessen Eingreifen zu erreichen, das aber ohne ein Recht des Schuldners gegen seine Gläubiger erfolgen könne. Zwar seien private Rechte Gegenstand der Gestaltung. Sie selbst erfolge aber nicht auf der Grundlage eines Privatrechts. Es handele sich dabei vielmehr um einen amtspflichtigen behördlichen Eingriff. Diese Schlußfolgerung ergebe sich vor allem aus der Tatsache, daß der Umfang der

---

45) Vergleiche S. 12
46) Lent, ZZP 66/267 ff
47) Lent, ZZP 66/267 (271)
48) Lent, ZZP 66/267 (279 ff)
49) Lent, ZZP 66/267 (279)

Vertragshilfe in das Ermessen des Gerichtes gelegt sei. So bestehe also höchstens ein Recht des Schuldners auf Hilfe schlechthin, nicht aber auf einen bestimmten Inhalt derselben. Ein derartiges Recht könne im übrigen lediglich ein Recht gegen den Staat sein, keineswegs aber gegen den Gläubiger.

Ähnliches gilt nach Lent auch für das Hausratsverteilungsverfahren (50). Hier ergebe sich das Fehlen eines privaten Gestaltungsrechts vor allem daraus, daß der Richter nicht an die Auseinandersetzungsvorschläge der Ehegatten oder sogar an die materielle Rechtslage selbst gebunden sei, weil er ebenfalls gemäß § 2 HausratsVO nach billigem Ermessen entscheide. Wenn so der Entscheidung des Gerichts aber keine festgelegte Rechtslage zugrunde läge, dann könne man ein Recht auf die vollzogene Gestaltung auch in der Entscheidung nicht feststellen. Somit bestehe auch kein derartiges Recht.

Inkonsequent verfährt Lent dagegen, wenn er nicht auch in seinen Ausführungen über das Verfahren nach dem Wohnungseigentumsgesetzt (51) mit Nachdruck auf die Möglichkeit von privatrechtsgestaltenden Ermessensentscheidungen nach den §§ 15 Abs. 3, 21 Abs. 4 und 43 Abs. 2 WEG hinweist. Nach seinen vorher gewonnenen Ergebnissen wäre nämlich auch hier das Vorhandensein eines privaten Gestaltungsrechts zu leugnen, wenn auch private Rechte und Pflichten Gegenstand der Regelung sind. Daran änderte auch nicht, daß der Richter hier nur subsidiär nach billigem Ermessen entscheidet. Denn wenn primär den privatrechtsgestaltenden Entscheidungen in Wohnungseigentumssachen auch ein privates Gestaltungsrecht zugrunde liegen sollte, so bleibt doch im übrigen die Tatsache, daß die Entscheidung auf keiner festgelegten Rechtslage basiert.

bb) Zu einem ähnlichen Ergebnis gelangt Bötticher in seinen generellen Ausführungen über die Regelungsstreitigkeiten (52). Er setzt diese Verfahrensarten in Parallele zu den arbeitsrechtlichen Schlichtungsverfahren und macht so den vor allem im Arbeitsrecht herausgearbeiteten Dualismus von Richten und Schlichten für eine allgemeine Gegenüberstellung von Rechts -

---

50) Lent, ZZP 66/267 (280)
51) Lent, ZZP 66/267 (281)
52) Bötticher, F.f. Lent S. 89 ff

streitigkeiten und Regelungsstreitigkeiten fruchtbar [53]. Infolgedessen sind nach Bötticher [54] Regelungsstreitigkeiten insbesondere dadurch gekennzeichnet, daß die gesuchte Lösung im Gesetz nicht bereitgestellt ist, sondern durch Willenseinigung der Verfahrensbeteiligten gefunden werden muß. So komme es deshalb zwangsläufig zu einem Ausgleich der Interessen - standpunkte. Dieser Interessenausgleich sei dann auch das Verfahrensziel der Regelungsstreitigkeiten und unterscheide sie gleichzeitig von einem Rechtsstreit, der seiner Idee nach die Widerspiegelung der gegebenen Rechtslage sei. Falls es zu keiner Einigung der Parteien komme, sei es subsidiär dem Richter aufgetragen, eine Synthese zu finden. Sie könne deshalb aber genauso wenig vorausbestimmt sein, wie das Ergebnis eines auszuhandelnden Vertrages [55].
Im Ergebnis gäbe es somit bei den richterlichen Regelungs - streitigkeiten im Gegensatz zu den sonstigen Streitsachen nicht nur keinen Rechtsstreit [56], vor allem sei auch das der Gestaltung sonst zugrunde liegende private Gestaltungs - recht hier viel zu unbestimmt [57].
Letztlich lehnen es also sowohl Lent als auch Bötticher ab, die materiell-rechtliche Grundlage der privatrechtsgestaltenden Regelungsstreitentscheidungen in einem subjektiven Privatrecht auf Gestaltung durch Gerichtsakt zu sehen.

b) Überwiegende Auffassung

Dagegen geht die wohl überwiegende Meinung in der Literatur davon aus, daß auch das Regelungsstreitverfahren der Durch - setzung subjektiver Privatrechte der Beteiligten diene [58].
Das bedeutet dann aber für eine privatrechtsgestaltende Regelungsstreitentscheidung, daß ihr ein privates Gestaltungsrecht eines Beteiligten zugrunde liegt. Darüber wird danach

---

53) Bötticher, F.f. Lent S. 89
54) Bötticher, F. f.Lent S. 89 (1o2)
55) Bötticher, F.f. Lent S. 89 (1oo)
56) Bötticher, F.f. Lent S. 89 (1o2)
57) Bötticher, F.f. Lent S. 89 (S. 94, 1oo)
58) Habscheid, § 7 I 2; Bärmann, § 4 II 2a u. AcP 154/373 (417); Pikart-Henn,aaO, S. 8; Keidel,aaO, § 12 Anm. 1o9; Jansen, Vorbem. 56 u. 58 vor §§ 8 - 18

also im Regelungsstreitverfahren genauso entschieden, wie im Zivilprozeß über die privaten Gestaltungsrechte, die in der Regel Grundlage der zivilprozessualen Gestaltungsklagen sind.

So macht z.B. nach Habscheid [59] der Antragsteller im Hausratsverteilungsverfahren einen besonderen, von den §§ 749 ff BGB abweichenden Auseinandersetzungsanspruch geltend. Der Zugewinnausgleichsverpflichtete im Verfahren nach § 1382 BGB beruft sich seiner Meinung nach auf einen Stundungsanspruch und der Antragsteller, der den Vertragshilferichter anruft, soll sein im Vertragshilfegesetz geregeltes Recht auf Änderung eines Rechtsverhältnisses ausüben wollen. Daran ändere auch die Tatsache nichts, daß der Gesetzgeber dem Richter bei seinem Spruch einen gewissen Spielraum eingeräumt habe; denn im Zivilprozeß besitze der Richter in ähnlich gelagerten Fällen eine vergleichbare Entscheidungsfreiheit. Auch dort könne der Richter in Einzelfällen Gestaltungsakte setzen, die seiner billigen Ermessensentscheidung unterliegen, wie etwa bezüglich der Umgestaltung eines Vertrages aus dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage gemäß § 242 BGB [60] oder der Herabsetzung von Vertragsstrafen im Sinne der §§ 343 Abs. 1 S. 1 BGB, 4 Abs. 1 S. 1 AbzG, 75 c Abs. 1 S. 2 HGB [61]. Insgesamt bestehe deshalb kein Anlaß, die Regelungsstreitigkeiten anders zu sehen als sonstige Streitsachen im Zivilverfahrensrecht.

c) Abwägen dieser Meinungen

Beide Meinungen lassen aber noch einige Probleme offen. So sagt Lent [62], daß der Schuldner im Vertragshilfeverfahren zwar kein privates Recht gegen den Gläubiger geltend machen könne. Einschränkend bemerkt er jedoch weiter, daß ihm

---

59) Habscheid, ZZP 66/188 (192); Habscheid, aaO, § 7 I 2

60) Anderer Auffassung hierzu Westermann, AcP 152/445 ff: danach gewährt der § 242 BGB dem Richter keinen Ermessenspielraum; siehe dazu auch unten S. 72 ff

61) Gleiches gilt dann aber wohl auch im Hinblick auf die Herabsetzung des Mäklerlohns gemäß § 655 BGB oder die Entscheidung in einer einstweiligen Verfügungssache nach § 935 ff ZPO; siehe im übrigen die weitergehende Analyse bei Schlosser, aaO, S. 72 ff

62) Lent, ZZP 66/267 (279)

"höchstens" ein Recht auf Hilfe schlechthin gegen den Staat zustehe.
Da er damit nicht den Justizanspruch (63) gemeint haben kann, denn der stünde auch dem Gläubiger zu, spräche er so dem Schuldner einen öffentlich-rechtlichen Rechtsschutzanspruch zu. Indessen ist aber nicht nur die Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit eines derartigen Anspruchs selbst im Bereich der fG äußerst zweifelhaft (64), sondern seine Annahme in diesem Zusammenhang widerspricht auch den übrigen Lentschen Ausführungen in diesem Aufsatz. So könnte er etwa für die Gestaltungsklagen des Zivilprozesses und für die gestaltenden Streitsachen der fG, soweit es keine Regelungsstreitigkeiten sind, konsequenterweise nicht davon ausgehen, daß ihnen ein privates Gestaltungsrecht zugrunde liege (65). Im übrigen muß es unter der Voraussetzung der sonstigen Zugrundelegung von subjektiven Privatrechten auch willkürlich erscheinen, diese Rechtsposition des Schuldners, die sich ja aus dem Vertragsverhältnis mit seinem Gläubiger über das Vertragshilfegesetz ergibt, nicht gegen den Gläubiger, sondern gegen den Staat zu richten, zumal diese Hilfe ja immer Vertragsgestaltung bedeutet.
Insgesamt ergibt sich außerdem aus den Lentschen Ausführungen wohl, auf welchen materiell-rechtlichen Grundlagen die Regelungsstreitigkeiten nicht beruhen, nicht aber ob sie andere haben und welcher Art diese konkret sind.
Der letztere Mangel haftet auch dem Aufsatz Böttichers über die Regelungsstreitigkeiten (66) an. Zwar ist die Zielsetzung dieses Aufsatzes eine weitergehende, nämlich den Dualismus von Rechts- und Regelungsstreitigkeiten aufzuzeigen. Wenn er jedoch Lent in seiner Argumentation unterstützt, indem er bei der Vertragshilfe einen profilierten Streitgegenstand nach Art eines privaten Gestaltungsrechts vermißt (67) oder dabei den Gläubiger einem viel zu unbestimmten Gestaltungsrecht des Schuldners unterworfen sieht (68), so ist doch auch zu erwarten, daß er diese abweichende Rechtsstellung der Beteiligten

63) Vergleiche S. 9/1o u. S. 51
64) Siehe S. 5o ff
65) Lent, ZZP 66/267 (27o,278,281)
66) Bötticher, F.f. Lent S. 89 ff
67) Bötticher, F.f. Lent S. 89 (S. 94)
68) Bötticher, F.f. Lent S. 89 (S. 99/1oo)

im Vertragshilferecht im einzelnen konkretisiert.
Daß nämlich auch für die am Regelungsstreit Beteiligten private Rechtspositionen infrage stehen, ergibt sich schon daraus, daß sie dort in der Lage sind, über den Gegenstand des Verfahrens zu verfügen. Gemäß §§ 14 VHG, 13 Abs. 3, 16 Abs.3 HausratsVO, 44 Abs. 2, 45 Abs. 3 WEG, 53a Abs. 1 FGG können sie sich nämlich auch in Regelungsstreitigkeiten über den Verfahrensgegenstand vergleichen. Diese Dispositionsbefugnis erfordert aber nicht nur eine Dispositionsfreiheit über die materiellen Rechte und Pflichten der Beteiligten (69), sondern aufgrund ihrer unmittelbar verfahrensrechtlichen Wirkung auch eine Dispositionsmacht über den Verfahrensgegenstand selbst (7o). Der Verfahrensgegenstand dieser Regelungsstreitigkeiten muß deshalb zumindest auch private Berechtigung gewähren. Dagegen beweist die Tatsache, daß es auch im Zivilprozeß Regelungsstreitigkeiten gibt (71), noch nicht, daß die materiellrechtliche Grundlage der Privatrechtsgestaltung aufgrund aller zivilverfahrensrechtlichen Regelungsstreitigkeiten ein privates Gestaltungsklagerecht ist (72). Zwar spricht aus den zugrundeliegenden Angelegenheiten die Vermutung dafür, daß im Zivilprozeß subjektive Privatrechte im Streit sind. Gleichzeitig umfaßt der Zivilprozeß aber auch Angelegenheiten, in denen es nicht um die Geltendmachung privater Rechte (73) geht. Deshalb könnten also auch die Regelungsstreitsachen im Zivilprozeß und damit auch die der fG Besonderheiten unterliegen, die den festgestellten Grundsätzen über materiell-rechtliche Grundlagen von Streitsachen widersprechen. Die Tatsache des Vorhandenseins von Regelungsstreitigkeiten auch im Zivilprozeß beweist infolgedessen nur, daß sie auch dort noch genauerer dogmatischer Erörterungen bedürfen. Denn folgt man der heutigen Lehre von der juristischen Struktur des Ermessensbegriffs, so hat für den Fall, daß die Entscheidung im richterlichen Ermessen steht, der rechtssuchende Einzelne sicherlich kein Recht auf eine bestimmte der im Ermessensrahmen mög -

---

69) So wohl Lent, Lehrbuch, 3. Aufl. § 15 IV
7o) Habscheid, § 22 II 3; Bärmann, § 18 III 3; Schönke-Kuchinke,aaO, § 72 I; Rosenberg-Schwab,aaO, § 132 I 5
71) Vergleiche die Beispiele bei Schlosser,aaO, S. 72 ff

lichen Entscheidungen [74]. Die tatsächlich weiterführende Frage läuft deshalb darauf hinaus festzustellen, wieweit materiell-rechtlich die Freiheit des Richters in der Entscheidung über Regelungsstreitigkeiten im Rahmen der fG geht. Abstrakt besteht eine Bandbreite von der Freiheit zum Eingriff überhaupt bis zur Bindung an einen bestimmten Inhalt. Inwieweit nun aber konkret der fG-Richter hier materiell-rechtlich frei oder gebunden ist und welche Konsequenzen das für die Privatrechtsstellung des Einzelnen hat, ist folglich Gegenstand der weiteren Untersuchung dieser Teilthematik.

d) Eigene Stellungnahme

Wie bereits mehrfach hervorgehoben, liegt der Zweck der Regelungsstreitigkeiten in der Regelung eines ganzen umstrittenen Rechtsverhältnisses durch gestaltenden Richterspruch [75]. Die Vielfalt der so zu regelnden Interessen und Lebenslagen entzieht sich aber, genau wie weitgehend bei den Nichtstreitsachen, einer allumfassenden normativen Qualifizierung. Wenn der Gesetzgeber dennoch den Schwerpunkt dieser Streitigkeiten in die Auswahl der geeignetsten Rechtsfolge legt [76], so kann er das auch hier nur, indem er in gewissem Umfang zugunsten des Richters zurücktritt und diesem die Einzelfallregelung überläßt. Die so dem fG-Richter gewährte Freiheit kann in der Einräumung eines Ermessens bestehen.
Ob und in welchem Umfang das der Fall ist, soll im Anschluß zunächst allgemein und dann für die einzelnen Regelungsstreitigkeiten gesondert festgestellt werden.

---

72) So aber wohl: Habscheid, § 7 I 2; Bärmann, § 4 II 2 a
73) Wie in den Entmündigungs- und Aufgebotssachen, siehe S. 12 ff
74) Vergleiche die Ermessenslehre bei Wolff, hier Wolff, § 31 II e; ebenso aber auch für die Regelungsstreitsachen Schlosser, aaO, S. 7o
75) Vergleiche Bärmann, § 1 IV 3 b
76) So Böttticher, F.f. Lent S. 89 (S. 1oo)

aa) Rechtliche Struktur des richter -
lichen Ermessens im Bereich der fG

(1) Die Möglichkeit von richterlichen Ermessensentscheidungen im Bereich der fG wird heute überwiegend anerkannt (77). Im Vergleich zum Ermessen der Verwaltungsbehörden ergeben sich insofern grundsätzliche Unterschiede, als das Ermessen im Bereich der fG von funktionell und verfahrensrechtlich anders ausgestalteten Hoheitssubjekten ausgeübt wird. So hat Schuh - mann (78) sicherlich Recht, wenn er es ablehnt, die Entscheidungen, die der fG-Richter trifft, gleich zu achten den Ermessensakten eines Verwaltungsbeamten. Wie oben bereits unter anderen Gesichtspunkten bemerkt (79), unterscheiden sich nämlich Voraussetzung und Zweck des Tätigwerdens dieser Hoheitsorgane wesentlich. Diese Unterschiedlichkeiten ändern aber nichts daran, daß das Ermessen als Rechtsinstitut gleichartig ist. In beiden Fällen ist der Berechtigte nämlich regelmäßig in der Lage, mit Zweckmäßigkeitserwägungen einen ihm gewährten Entscheidungsspielraum auszufüllen (80). In diesem Zusammenhang geht es aber nicht um die Vergleichbarkeit des Ziels und Zwecks der Ermessensentscheidungen beider hoheitlicher Organe, sondern darum, daß vergleichbare Entscheidungsfreiheiten bestehen, die in gleicher Weise, nämlich durch Zweckmäßigkeitsüberlegungen auszufüllen sind. Rechtstechnisch kann deshalb zunächst die Ermessensstruktur, wie sie von Lehre und Rechtsprechung allgemein und auch für das Verwaltungsrecht erarbeitet wurde, zugrunde gelegt werden (81).

Dann kann also im Bereich der fG von einem Ermessen nur dann gesprochen werden, wenn dem Richter die Möglichkeit der Auswahl unter mehreren in Betracht kommenden Entscheidungen gegeben ist.
Eine Ermessensbetätigung setzt also voraus, daß dem Richter

---

77) Anderer Auffassung aber Kollhosser, aaO, S. 65 ff
78) Schuhmann, aaO, S. 1o6 ff, 1o8
79) Vergleiche S. 5o/51
8o) Bärmann, § 33 IV 5a; Bötticher, F.f. Lent S. 89 (1oo); Schuhmann, aaO, S. 1o6, Westermann, AcP 152/145 ff; Keidel, aaO, § 27 Anm. 26a; Jansen, § 27 Anm. 23 ff; anderer Auffassung aber Bettermann, F.f. Lent S. 17 (28); siehe dazu aber S. 62 ff
81) So auch Bärmann, § 33 IV 5 a; Schlosser, aaO, S. 7o

von Gesetz wegen ein Entscheidungsspielraum gelassen wird, innerhalb dessen alle Entscheidungen rechtmäßig sind [82].

(2) Von besonderer Bedeutung ist dann aber die Festlegung des Bezugspunktes dieses Ermessens. Auch für den Bereich der fG wird dazu nämlich vertreten, daß dem Richter nicht nur eine bestimmte Freiheit bei der Setzung der Rechtsfolge gewährt wird [83], sondern ihm in bestimmtem Umfang auch Ermessen bei der Prüfung der Subsumierbarkeit des festgestellten Sachverhalts unter den gesetz-lichen Tatbestand eingeräumt ist. Letzteres sei vor allem dann notwendig, wenn die Tatbestandsmerkmale eine Ausfüllung durch Werturteile verlangen [84][85]. In diesem Falle seien nämlich die den Tatbestand bildenden Begriffe inhaltlich derart unbestimmt, daß mit einer erkenntnismäßigen Beurteilung nicht auszukommen sei, sondern der Richter die letzte inhaltliche Bestimmung durch höchstpersönliches Urteil vorzunehmen habe [86].
Wenn auch nicht zu leugnen ist, daß persönliche Maßstäbe bei der Beurteilung derartiger Erfahrungs- und Wertbegriffe eine Rolle spielen, so kann dennoch dieser Auffassung nicht gefolgt werden. Soweit unbestimmte Rechtsbegriffe in Frage stehen, ist nach dem Willen und nach der Idee des Gesetzes immer nur eine Entscheidung richtig. Die unbestimmten Rechtsbegriffe begründen also ein Erkenntnis-, nicht aber ein Ermessensproblem [87].

Zu diesem Ergebnis kommt nach eingehender Sichtung der einschlägigen Literatur und Rechtsprechung auch Schuhmann in seiner grundlegenden Untersuchung der Problematik des Ermessens im Bereich der fG [88]. Ihm ist insbesondere darin zu folgen, daß ein derartiges Tatbestandsermessen weder aus dem Willen des Gesetzes folge [89], noch sich aus der Struktur des Aktes der Subsumption selbst er -

---

82) Ebenso: Keidel, aaO, § 27 Anm. 26a; Münzel, ZZP 66/334 (360); Westermann, AcP 152/445 ff
83) Das sogenannte Handlungsermessen
84) Sogenanntes Tatbestands-, Subsumptions- oder kognitives Ermessen
85) Vor allem: Keidel, aaO, § 27 Anm. 31; Erman-Hefermehl, § 1817 Anm. 1, § 1846 Anm. 2; Palandt-Lauterbach, § 1837 Anm. 3; BayOLGZ 1957/315 (316)
86) Larenz, Methodenlehre S. 210 ff, besonders S. 221 ff

gebe [90]. Vielmehr begründeten die Wertbegriffe in Verbindung mit einer herrschenden Wertanschauung oder dem geschulten emotionalen Begehren eines idealen Richters eine bis ins einzelne gehende Bindung der richterlichen Entscheidung [91].

Wenn in diesem Zusammenhang aber noch leicht einzusehen ist, daß der Inhalt unbestimmter Rechtsbegriffe durch rechtliche [92] oder außerrechtliche, objektive [93] Bewertungsmaßstäbe bestimmt werden kann, so erscheint doch auf den ersten Blick eine objektive Bindung durch Gewährung einer persönlichen Wertung schon logisch widersinnig. Eine dem jeweils Subsumierenden auferlegte subjektive Wertung muß nämlich schon aus der unterschiedlichen Persönlichkeit der Menschen an sich einen Entscheidungsspielraum umfassen. Deshalb kann diese Eigenwertung auch nur scheinbarer Natur sein. Sie ist nämlich verallgemeinerungsfähig und verobjektivierbar.
Wie Scheuerle [94] bereits nachgewiesen hat, wird die höchstpersönliche Wertung des Rechtsanwendenden begleitet vom Bewußtsein ihrer "unbedingten Allgemeingültigkeit". Jeder Wertende nehme an, daß jeder Mensch, wenn er als normal gelten wolle, den gleichen Sachverhalt gleich werten müsse. Indem er sich so seine eigene, für ihn einzig richtige Wertung zum Bewußtsein bringe, könne sie urteilsmäßig erkannt werden, wodurch sie als kognitives Element Eingang in den rationalen Bereich des Denkens des Rechtsanwenden finde. Mit diesem kognitiven Akt schlage er andererseits die Brücke zur Verwirklichung des Gesetzgeberwillens. Das Gesetz habe nämlich in diesen Fällen die ethische Wertung dem Rechtsanwendenden überlassen, bewußt oder unbewußt darauf vertrauend, daß die unbedingte Allgemeingültigkeit der ethischen Werturteile eine

---

87) Westermann, Streitentscheidung, S. 22 ff; Reuss, DVBl 1953/585 (586); Baur, § 31 C II 2b, bb; Bärmann, § 33 IV 5b; Jansen, § 27 Anm. 25
88) Schuhmann, aaO, S. 71 ff
89) Schuhmann, aaO, S. 37 ff
90) Schuhmann, aaO, S. 40 ff
91) Schuhmann, aaO, S. 48 ff
92) Durch Präjudizien, Vorentscheidungen, theoretische Begriffserläuterungen, Präzedenzfälle
93) Durch eine herrschende Wertanschauung
94) Scheuerle, aaO, § 45, 9a

Entscheidung im Sinne des Gesetzes garantiere. Die persönliche, aber als allgemeingültig erkannte Wertung werde also zum konkreten Gesetzesinhalt. Insofern könne es nach dem Gesetzeswillen auch immer nur eine richtige Entscheidung geben, die hier der Rechtsanwendende durch Erkennen seiner eigenen, durch gegebene Vorstellungsdaten geforderten ethischen Reaktionen vollziehe.

Für den Bereich der fG ist diese Auffassung um so bedeutsamer, da dort Richter oder doch zumindest unabhängige Rechtspflegeorgane diese Wertung vornehmen. Hierzu bemerkt Schuhmann (95) mit Recht, daß bei dem vom Gesetz vorausgesetzten "idealen Richter" nur davon ausgegangen werden könne, daß die emotional begehrte Entscheidung zugleich die vom Gesetz gewollte sei. Der ideale Richter sei nämlich aufgrund seines "Rechtsgefühls und seiner auf spezieller juristischer Schulung und ständiger Übung beruhenden Judiziums" durchaus in der Lage, die allein richtige Antwort auf dem Wege der Erkenntnis seiner"psychischen Wertung" zu finden. Bei der Verwirklichung des Judiziums des Richters trete also eine "Entpersönlichung des Spruches" ein, die auch von Rechts wegen anerkannt sei (96).

Dem ist in Bezug auf die richterliche Wertung vor allem wegen der zugrunde liegenden psychischen Abläufe zu folgen. Neben der sowieso kognitiven, da verstandesmäßigen Anwendung des Gesetzes, basiert die auf Eigenwertung beruhende fG-richterliche Subsumption auf einem durch Gewöhnung, Erfahrung und früheren Bewußtseinsvorgängen gespeisten richterlichen Unterbewußtsein, also auf "unbewußtem" Wissen. Da die Fähigkeit zur Rechtsfindung auf dieser Grundlage aber nicht angeboren, sondern erarbeitet ist, läßt sie sich durch Überlegung zurückgewinnen, das heißt also erkennen. Im Ergebnis sind also auch im Falle einer persönlichen Wertung alle vom Richter pflichtgemäß der Entscheidung zugrundezulegenden Überlegungen kognitiver Natur. Der Richter trifft deshalb auch in den Fällen der Eigenwertung eine erkenntnismäßig nachvollziehbare Entschei -

---

95) Schuhmann, aaO, S. 53
96) Schuhmann, aaO, S. 54

dung. Der Inhalt des Spruches war im Gesetz schon potentiell vorgesehen.
Soweit also im Bereich der fG unbestimmte Tatbestandsbegriffe auszufüllen sind, ist auch im Falle der Werturteile immer nur eine Entscheidung richtig. Hier ist deshalb kein Platz für ein richterliches Ermessen.
Diesem Ergebnis steht auch nicht die insbesonders für das Verwaltungsrecht begründete Lehre vom Beurteilungsspielraum entgegen (97). Zunächst ist es nämlich noch weitgehend ungeklärt, wie weit sie auch im Bereich der fG Anwendung findet (98). Sollte ihre Anwendung jedoch für den Bereich der fG für möglich und zweckmäßig erachtet werden, so räumt auch sie, wenn ihre von der herrschenden Lehre und Rechtsprechung begründete rechtliche Struktur zugrunde gelegt wird, keinen Ermessens - spielraum ein, sondern, soweit ein "Spielraum" anzuerkennen ist, hat das Revisionsgericht lediglich auf eine von dem Tatsachengericht abweichende Begriffsanwendung zu verzichten und sich einer vollen Überprüfung der tatsachengerichtlichen Subsumption zu enthalten (99). Auch hier gibt es deshalb im Grunde nur eine richtige Entscheidung.
In eigener Stellungnahme zu der Problematik der Anwendbarkeit der Lehre vom Beurteilungsspielraum auf den Bereich der fG sei aber noch auf ein Argument von Schuhmann (100) hingewiesen. Bereits oben (101) wurde festgestellt, daß fG zumindest formell niemals als Verwaltung im Rechtssinne anzusehen ist. Soweit man deshalb den Beurteilungsspielraum zur Vermeidung eines Kompetenzkonfliktes zwischen mehreren Staatsgewalten für nötig hält, wäre er hier unnötig. Die Frage nach dem " quis iudicabit Verwaltung oder Rechtsprechung " kann nicht auftauchen.

---

97) Siehe dazu vor allem Bachof, JZ 1955/97ff; Ule, F.f. Jellinek S. 309 ff; BVerwGE 6/177 ff
98) Bejahend: Kollhosser, aaO, S. 68; zweideutig: Jansen, § 27 Anm. 24 u. 25 = in Anm. 24 bejaht er in gewissen Fällen ein Beurteilungsermessen, verneint sonst aber einen Beurteilungsspielraum im eigentlichen Sinne; abwartend: Bärmann, § 33 IV 5b; verneinend: Schuhmann, aaO, S. 71
99) Kollhosser, aaO, S.68; Kellner, DÖV 1962/572 (583); BVerwGE 6/177 (179) u. 8/192 (195)

(3) Ausgehend von der Tatsache, daß auch der fG-Richter Handlungsermessen im Sinne der von der herrschenden Lehre und Rechtsprechung allgemein vorgesehenen rechtlichen Struktur des Ermessensbegriffs haben kann, bleibt hier nur noch die Aufgabe, die Rechtsmacht festzulegen, die ein derartiges Handlungsermessen einräumt.

So kann ein solches Ermessen Entschließungs- und Auswahlermessen oder eines von beiden bedeuten [102]. Wird Handlungsermessen dahingehend eingeräumt, daß der Richter frei entscheiden kann, ob er überhaupt eine vom Gesetz gegebene oder offengelassene Rechtsfolge setzt, so hat er Entschließungsermessen. Schreibt das Gesetz dem Richter jedoch vor, eine Rechtsfolge zu setzen, läßt ihm aber andererseits die Wahl unter mehreren positiven Rechtsfolgen, so spricht man von Auswahlermessen [103]. Das Ermessen des Richters der fG kann also folgende Freiheiten gewähren bzw. Bindungen auferlegen: a) Frei im "ob" und frei im "wie", b) frei im "ob" und gebunden im "wie", c) gebunden im "ob" und frei im "wie".

Entsprechend besteht folglich für die Beteiligten die Rechtsmacht, etwaige private Interessen gegeneinander in dem Maße durchsetzen zu können, wie der fG-Richter in seiner Entscheidung gebunden ist. Nur insoweit ist es dann aber auch möglich, daß die den Regelungsstreitigkeiten zugrunde liegenden privaten Interessen der Beteiligten gegeneinander zu einem subjektiven Privatrecht verdichtet sind. Keine private Gestaltungsmacht auch in Regelungsstreitigkeiten kann also der haben, dem ein Entschließungsermessen des fG-Richters entgegensteht. Denn wo letzterer die Wahl über das "ob" der Entscheidungen hat, kann für keinen Beteiligten eine Rechtsmacht auf eine zusprechende Entscheidung bestehen. Infolgedessen bleibt, falls Ermessen gewährt ist, für eine mögliche private Rechtsmacht nur der Fall, daß dem fG-Richter ausschließlich Auswahlermessen eingeräumt ist. Hier könnte ein Beteiligter etwa ein subjektives Privatrecht auf Privatrechtsgestaltung in dem letztlich durch die fG-Entscheidung festzulegendem

---

100) Schuhmann, aaO, S. 69 ff
101) Vergleiche S. 37 - 39
102) Ebenso Wolff, § 31 II c
103) Vergleiche Wolff, § 31 II c

Umfange haben.
Zweifel bestehen aber dahingehend, ob eine derartige Rechts - position überhaupt die Rechtsqualität eines subjektiven Rechtes haben kann. Tatsächlich ist es nämlich gerade für den Begriff des subjektiven Rechts wesentlich, daß es einen bestimmten Inhalt hat, um es überhaupt von anderen unterscheiden zu können [1o4]. Generell haben Privatrechte deshalb auch von vornherein einen festumrissenen Inhalt, der sich entweder aus dem Gesetz, dem traditionellen Verständnis dieses Rechtes oder, im Rahmen der Vertragsfreiheit, aus den Parteivereinbarungen ergibt [1o5]. Wenn in dieser Weise es aber für den Begriff von subjektiven Rechten wesentlich ist, daß sie einen bestimmten Inhalt haben, so bedeutet das nicht, daß alle Befugnisse von vorn herein feststehen müssen. Oft erfolgt die nähere Umgrenzung erst durch die Rechtsprechung [1o6] oder auch durch Vertrags - parteien oder Dritte [1o7]. Wesentlich ist nur, daß letztlich die Rechtsmacht hinreichend deutlich ist und sich infolgedessen von anderen unterscheidet [1o8]. Im Falle der Regelungs - streitigkeiten kann der Berechtigte von vornherein im gesetzlich festgelegten Rahmen gestaltend in konkrete Privatrechtsbeziehungen eingreifen. Jedoch ist der genaue Umfang des Eingriffs noch durch Rechtsprechungsakt zu bestimmen. Da so zwar nicht alle Befugnisse dieser Rechtsmacht von Anfang an festliegen, letztlich sich aber eindeutig aus der fG - Entscheidung ergeben, konkretisiert diese nachträgliche Festlegung lediglich den Inhalt einer Position mit Rechtsquali - tät [1o9]. Die Möglichkeit, wenn auch erst durch fG-Richterspruch letztlich festgelegt, gestaltend in konkrete Privat - rechtsbeziehungen eingreifen zu können, ist daher ein sub - jektives Privatrecht des Berechtigten und damit sein privates

---

1o4) Hierauf beruft sich wohl auch Böttticher, F.f. Lent S. 89 (1oo), wenn er meint, daß in den Regelungsstreitigkeiten aufgrund der Ermessensgewährung ein der Gestaltung zu - grunde liegendes Recht als privates Gestaltungsrecht viel zu unbestimmt sei.
1o5) Ebenso Larenz, AT § 18 II a
1o6) So z.B. im Falle des Persönlichkeitsrechts oder des § 319 Abs. 1 S. 2 BGB, denn die Leistung ist wesentlicher Teil des Forderungsrechts des Gläubigers
1o7) So etwa im Falle der §§ 315 Abs. 1, 319 Abs. 1 S. 1 BGB, siehe oben Fußn. 1o6

Gestaltungsrecht [110].

Nachdem so also festgestellt ist, daß die fG-Organe Handlungsermessen und, falls es der zugrunde liegenden materiellen Rechtslage entspricht, ein Beteiligter trotzdem ein privates Gestaltungsrecht haben kann, ist nun für die Konkretisierung der materiellen Rechtsgrundlagen der einzelnen Regelungsstreitigkeiten darauf abzustellen, ob der fG-Richter bei seinem Spruch Handlungsermessen hat und welche Rechtsmacht dieses Ermessen gewährt.

bb) Die Vertragshilfesachen nach dem VHG

(1) Für das Vertragshilfeverfahren geht aus dem Wortlaut des § 1 Abs. 1 VHG hervor, daß bei Vorliegen gewisser Voraussetzungen Vertragshilfe gewährt werden "kann". Diese Terminologie kann einerseits ausschließlich die Zulässigkeit der Vertragshilfe zum Ausdruck bringen, sie kann andererseits aber auch bereits die Einräumung eines Handlungsermessens beinhalten. Obwohl letzteres wegen der meist in dieser Beziehung ungenauen Ausdrucksweise der Ermächtigungsnormen im Bereich der fG sehr zweifelhaft ist [111], bedarf diese Frage hier keiner weitergehenden Untersuchung, wenn der Konditionalsatz des § 1 Abs.1 VHG "wenn und soweit" selbst schon eine Ermessensgewährung vorsieht.

Vom Wortlaut her handelt es sich dabei jedoch um eine Anhäufung unbestimmter Rechtsbegriffe, die also kein Ermessen, sondern nur eine reine Rechtsentscheidung zulassen [112]. Doch geht man heute wohl einhellig davon aus, daß dieser Nebensatz ein allgemeines Billigkeitserfordernis begründet, nach der der fG-Richter seine Entscheidung auszurichten hat [113]. Die

---

108) Ebenso Larenz, AT § 18 II a

109) Genauso wie in den Fällen der Fußn. 106

110) Wie sie im Anschluß an Seckel, F.f.Koch S. 205 ff (210) heute vor allem noch: Larenz, AT § 19 I 7; Enneccerus - Nipperdey,aaO, § 73 I 3; Adomeit,aaO, S. 10; Bötticher, F.f.Dölle S. 41 ff (S.54) verstanden sehen wollen

111) Vergleiche S. 89 ff

112) Siehe dazu S. 62 ff

113) Siehe die Literatur- u. Rechtsprechungsnachweise bei Saage,aaO, § 1 Anm. III 2

Festsetzung der konkreten Rechtsfolge ist also von Billig - keitserwägungen abhängig, wobei aber wiederum strittig ist, ob derartige Billigkeitsentscheidungen überhaupt eine Wahlfrei - heit, also Handlungsermessen, gewähren oder ob es sich auch dabei um einen nachvollziehbaren Erkenntnisakt handelt.

Vor allem in der fG-Literatur wird häufig die Auf- fassung vertreten, daß anders als bei zweckmäßigen Entschei - dungen, nur eine Entscheidung billig sein könne (114). Billig, angemessen und gerecht seien nämlich nachvollziehbare Rechts- begriffe. Auf dem Gebiete der Billigkeit fehle zwar - inner - halb gewisser Grenzen - die tatsächliche Möglichkeit einer objektiven Überprüfung. Dies beweise aber nicht die Zulässig- keit subjektiv-richterlicher Maßstäbe, sondern nur den "Mangel einer Goldwaage" (115).

Dagegen erklärt die Rechtsprechung eine derartige Billig - keitsentscheidung allgemein nur in beschränktem Umfang für nachprüfbar (116). Dann wird dem Richter aber andererseits im Hinblick auf seinen Ausspruch ein Ermessensspielraum zuzuge - stehen sein. Diese Folgerung wird zwar von der Rechtsprechung an keiner Stelle klar ausgeprochen. Vielmehr begnügt sie sich damit, diesen richterlichen Spruch allgemein als Ermessensent- scheidung zu titulieren. Seine rechtliche Struktur bleibt da- bei im Dunkeln. Wenn aber nur bestimmte Mängel beim Erlaß einer Billigkeitsentscheidung (117) zu einer Gesetzesverlet - zung führen, dann muß logischerweise dem Richter im übrigen bei der Entscheidung ein Spielraum zustehen.

Ebenso entscheiden sich in der Literatur vor allem Larenz (118) und Nipperdey (119), obwohl letzterer einschränkt, daß eine Ermessensentscheidung aufgrund Billigkeitserwägungen eigent - lich ein Widerspruch in sich sei, weil die Billigkeit ein

---

114) So vor allem Jansen, § 27 Anm. 24; Keidel, aaO, § 27 Anm. 26e
115) So wörtlich Bettermann, F.f. Jellinek S. 361 ff (366 ff)
116) BayOLGE 1957/4o (43); BGH WM 1957/174 (175), 523, 1464 (1465); 1961/8o2 (8o3)
117) Wie z.B.: Unzureichende Prüfung, Außerachtlassen wesent- licher Tatumstände, Verletzung von Denkgesetzen, Ver - letzung von Erfahrungsgrundsätzen, Nichtberücksichtigung anerkannter Regeln
118) Larenz, Methodenlehre S. 276
119) Enneccerus-Nipperdey, aaO, § 5o II 2

unbestimmter Rechtsbegriff sei und demzufolge der Idee nach nur eine Entscheidung zulässig sein könne. Daß dem nicht ohne Einschränkung zu folgen ist, stellt insbesondere Schuhmann[12o] klar. Er sieht richtig, daß das Billigkeitserfordernis eine Verweisung des Richters auf eine Einzelfallgerechtigkeit ist. Nun kann aber eine Konkretisierung dieses vagen, nicht justiziablen Gerechtigkeitsprinzips und damit eine Tatbestandsausbildung des Billigkeitserfordernisses selbst genausogut mög - lich sein, wie sie schon für Generalklauseln wie §§ 242, 826 BGB geschehen ist, nämlich durch fortwährende Rechtsprechungspraxis. Diesen Weg hält Schuhmann aber gerade für den Bereich der fG nicht für gangbar [121]. Fast immer sei hier nämlich ein Eingehen auf differenzierte menschliche Beziehungen er - forderlich, die außerdem einem dauernden Wandel unterlägen. Deshalb könnten sich also kaum "wirkliche Entscheidungsreihen unzweifelhafter Fälle billiger Richtersprüche" entwickeln, die Grundlage einer begrifflichen Verdichtung des generellen und absoluten Rechtspostulats der Billigkeit sein könnten. Damit sei die Billigkeit bloßer Ideenbegriff und scheide als objektiver Bezugspunkt für einen einzig richtigen und vom Gesetzgeber gewollten Richterspruch zumindest im Bereich der fG aus.

Ob dem wirklich für den gesamten Bereich der fG zu folgen ist, kann hier zunächst dahingestellt bleiben. Was jedoch die Regelungsstreitigkeiten im allgemeinen und hier das Vertragshilfeverfahren im besonderen betrifft, so ist Ziel dieser Verfahren der Interessenausgleich. Es soll eine Synthese zwischen den widerstrebenden Parteiinteressen gefunden werden. Eine derartige Synthese kann aber aufgrund seiner Situationsgebundenheit genauso wenig vorausbestimmt sein, wie der Inhalt eines auszuhandelnden Vertrages [122]. Hier im Ergebnis nur eine Entscheidung für gesetzmäßig zu erklären, bedeutete eine theoretisierende Überforderung der Erkenntnisfähigkeit des Richters. Man gäbe ihm damit auf, jeweils eine absolut billige

---

12o) Schuhmann, aaO, S. 9o ff
121) Schuhmann, aaO, S. 97
122) Siehe S. 56 Fußn. 55

Entscheidung treffen zu müssen und bejahte damit die ständige Verwirklichung einer absoluten Einzelfallgerechtigkeit. Bei - des kann aber nur Zielvorstellung bleiben.
Da zumindest in den Fällen der Regelungsstreitigkeiten die Billigkeit an sich kein objektiver Rechtsfolgebezugspunkt sein kann, konkretere objektive Bezugspunkte hier andererseits aber der Vielfalt der zu regelnden Einzelfälle nicht gerecht wer - den würden, ist und kann im Vertragshilfeverfahren die Rechts- folge nicht ohne weiteres kognitiv-nachvollziehbar normativ festgelegt sein. Der Vertragshilferichter hat vielmehr Hand - lungsermessen. Er hat also pflichtgemäß durch eigene Willens- entscheidung festzulegen, welche Rechtsfolge des § 1 Abs. 1 VHG im Einzelfall der Billigkeit entspricht.

(2) Dieses Handlungsermessen ist nun im Falle der Vertrags- hilfe kein Entschließungsermessen, sondern lediglich ein Auswahlermessen. Diese Konsequenz ergibt sich einerseits aus dem Inhalt dieser Billigkeitsentscheidung selbst, zum anderen aber aus den Aufgaben der Vertragshilfe an sich.
Was die Entscheidungen nach § 1 Abs. 1 VHG angeht, so können sie aus dem Wortlaut des § 1 Abs. 1 VHG nur dann ablehnenden Inhalts sein, wenn eine positive Entscheidung nach Abwägung aller Interessen zu einem unbilligen, also ungerechten Ergeb- nis führen würde. Was aber unbillig bzw. ungerecht ist, kann anders als eine Entscheidung unter dem Bezugspunkt der Gerech- tigkeit bzw. Billigkeit kognitiv festgestellt werden. Zwar be- gründet in den Fällen der Regelungsstreitigkeiten das Prinzip der Gerechtigkeit keine Handhabe, positiv eine bestimmte Ent- scheidung zu konkretisieren (123). Sie übt aber generell in - sofern eine Funktion aus, als sie negativ begrenzend bestimm- te Entscheidungen ausschließt. Wie Wolff (124) richtig aus - führt, gibt sie allgemein die notwendige Bedingung der Recht- lichkeit an und läßt außerdem in dem dadurch bezogenen Rahmen einen Spielraum freier Gestaltung (125). Das Prinzip der Ge - rechtigkeit erlaubt also ein Urteil darüber, daß außerhalb

---

123) Siehe S. 7o/71
124) Wolff, F.f. Sauer S. 1o3 (114)
125) Siehe dazu auch Larenz, Methodenlehre S. 276

eines bestimmten Rahmens "gleichgerechter" Lösungen der Richter sich nicht bewegen darf. Die Absteckung dieses Rahmens geschieht durch die Gerechtigkeitsvorstellung der Allgemeinheit. Wo deshalb noch vernünftige Zweifel hinsichtlich des Ergebnisses bestehen, tritt der Richter mit seiner Entscheidung aus dem Bereich der "gleichrichtigen Entscheidungen" heraus und unterstellt sich dem "Nur richtigen" bzw. dem "Nur falschen". Wann nämlich vernünftige Zweifel bestehen, läßt sich kognitiv feststellen. Wann also der Richter zu dem Ergebnis unbillig bzw. ungerecht kommt, ist erkennbar und nachvollziehbar. So ist die ablehnende Entscheidung im Sinne des § 1 Abs. 1 VHG also ein Rechtsakt. Hierfür kann der Vertragshilferichter somit kein Ermessen haben. Konsequenterweise muß dann aber dem Schuldner, falls alle übrigen Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 VHG vorliegen und der Vertragshilferichter eine negative Entscheidung ablehnen muß, gegen den Gläubiger ein materielles Recht auf irgendeine, im Rahmen des § 1 Abs. 1 VHG mögliche positive Entscheidung, also ein privates Gestaltungsrecht zustehen (126).

Dieses Ergebnis findet in gewisser Weise auch seine Bestätigung in der Aufgabe der Vertragshilfe selbst. Abgesehen einmal von dem Streit über den Standort der Vertragshilfe in der Privatrechtsordnung (127) und von den weitreichenden Unterschieden zwischen den Rechtsinstituten des § 242 BGB (128) und der Vertragshilfe (129), zeigt sich nämlich eine nicht

---

126) Das meint wohl auch Duden-Rowedder, aaO, Allgem. 15, wenn er sagt, daß es eine Rechtsfrage sei, "ob" der Schuldner Vertragshilfe fordern kann oder nicht. Anders muß das jedoch Saage, aaO, § 1 Anm. III 2 sehen, wenn er auch das "ob" der Vertragshilfe dem Billigkeitserfordernis unterstellt. Andererseits stellt letzterer in § 1 Anm. V 1 aber auch die Vertragshilfe gleichrangig neben den Rechtsbehelf aus § 242 BGB, also gleichrangig neben eine Ermächtigungsnorm, von der man heute überwiegend annimmt, sie ermächtige zu einer Rechtsentscheidung; so: Westermann, AcP 152/445 ff; Larenz, Geschäftsgrundlage, S. 131

127) Siehe ausführlich dazu: Siebert-Knopp, in Soergel-Siebert, § 242 Anm. 496 ff

128) Siehe dazu Westermann, AcP 152/445 ff; Larenz, Geschäftsgrundlage S. 131; BGHZ 2/15o (155)

129) Duden-Rowedder, aaO, Allgem. 2o; Saage, aaO, § 1 Anm. V 1; Larenz, Geschäftsgrundlage, S.133; anderer Auffassung: Kegel, JZ 51/385 (4o5)

zu übersehende Verwandtschaft der Vertragshilfe insbesondere mit dem Institut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage. So haben beide Rechtsbehelfe nicht nur weitgehend ähnliche Voraussetzungen sondern sie führen auch vielfach zu ähnlichen Ergebnissen, wenn auch die Mittel, die man in beiden Fällen dazu verwendet, unterschiedlich sind (130). Im Einzelfall begründen zwar die Kriegsfolgeschäden nicht schlechthin eine Unzumutbarkeit im Sinne der Voraussetzung für den Wegfall der Geschäftsgrundlage. Hinzukommen muß dort noch, daß das zugrunde liegende Schuldverhältnis selbst dadurch gestört wird. Dann aber könnten sie, vor allem wenn die Vertragshilfe als selbständiges Gesetz anzusehen ist (131), sowohl Voraussetzung für eine Klage aus § 242 BGB, als auch für ein Vertragshilfeverfahren sein (132). Wenn sich so aber die Voraussetzungen des Eingriffs nicht wesentlich unterscheiden (133), unter denen man außerdem zu weitgehend übereinstimmenden Ergebnissen gelangt (134), dann besteht andererseits kein einleuchtender Grund, dem Schuldner bei Vorliegen der Voraussetzungen der Rechtsbehelfe nur im Falle des § 242 BGB ein materielles Recht auf Hilfe zuzugestehen. Näherliegend ist hier vielmehr die Argumentation, daß der Gesetzgeber durch die Normierung des § 242 BGB und der Vertragshilfe anerkannt hat, daß bestimmte einseitige Belastungen innerhalb eines Privatrechtsverhältnisses unbillig sind und deshalb dem Belasteten ein privates Recht auf Ausgleich zuerkannt hat.

---

130) Ebenso: Duden-Rowedder, aaO, Allgem. 2o

131) So die herrschende Meinung in der Literatur. Siehe dazu vor allem: Siebert-Knopp in Soergel-Siebert, § 242 Anm. 5o3 und die Nachweise unter § 242 Anm. 496

132) Diese Kumulation ist zwar dann nicht möglich, wenn man mit der vorwiegend von der Rechtsprechung vertretenen Auffassung der Meinung ist, daß die Vertragshilfe ein lex specialis des allgemeinen Grundsatzes von Treu und Glauben sei; so etwa: OGHZ 1/386,(393), 62 (65); BGHZ 2/15o (153). Hier ergibt sich die Übereinstimmung beider Institute aber schon aus der gemeinsamen Grundlage.

133) Nämlich in beiden Fällen: Kriegsfolgeschäden und ein Schuldverhältnis

134) Nämlich Angleichung des Schuldverhältnisses bzw. Stundung und Herabsetzung der Forderung

Der Ausgleich selbst kann dann eine Rechtsentscheidung (135) oder aus Gründen der größeren Flexibilität eine Ermessensentscheidung, wie im Falle der Vertragshilfesachen sein. Im Ergebnis ist deshalb auch aus der Aufgabe der Vertragshilfe ein privates Recht des Schuldners auf eine positive Entscheidung, also ein privates Gestaltungsrecht zu bejahen, falls die Voraussetzung des § 1 Abs. 1 VHG vorliegen.

(3) In Vertragshilfesachen hat der fG-Richter also lediglich Auswahlermessen. In Bezug auf das "ob" des Eingriffs verwirklicht er ein privates Gestaltungsrecht des Schuldners. An sich handelt es sich aber bei diesem Recht garnicht um ein privates Gestaltungsrecht im engeren Sinne, sondern eigentlich ist dieses Recht, da seine Verwirklichung immer einer gerichtlichen Entscheidung bedarf, ein sogenanntes Gestaltungsklagerecht (136). Jedoch ist auch diese Bezeichnung irreführend, denn die Gestaltung erfolgt ja nicht mehr aufgrund einer Klage, sondern aufgrund eines Antrags, der ein im Gegensatz zum Zivilprozeß weitgehend anders ausgestaltetes Streitverfahren im Rahmen der fG einleitet. Unter der Einschränkung, daß Antrag in diesem Zusammenhang begrenzt auf das Streitverfahren der fG gesehen wird, also nicht etwa alle Antragssachen im Bereich der fG miteinbezogen sind (137), bietet sich in Anlehnung an den Begriff des Gestaltungsklagerechts zur besseren Differenzierung und in genauerer Terminologie hier der Begriff des Gestaltungsantragsrechts an.
Die materiell-rechtliche Grundlage der konkreten Privatrechtsgestaltung im Vertragshilfeverfahren ist also ein privates Gestaltungsantragsrecht, dessen letzte inhaltliche Festlegung aber auf einer pflichtigen öffentlich-rechtlichen Befugnis des Vertragshilferichters (138) zur Ausübung fehlerfreien Auswahlermessens beruht.

---

135) So für § 242 BGB vor allem: Westermann, AcP 152/445 ff; Larenz, Geschäftsgrundlage, S. 131

136) Vergleiche S. 12

137) Also nicht etwa die Antragssachen im Sinne des auf S.46ff Ausgeführten

138) Diese Terminologie ergibt sich auch wegen der vergleichbaren Rechtsmacht dieser öffentlich-rechtlichen Rechtsposition im Anschluß an das auf S.15,45 u. 47 Ausgeführte

cc) Die Landpachtsachen

Aus dem Sinn und Zweck, wie auch aus der Kodifikation des LPG, läßt sich wohl kaum bestreiten, daß der Pächter und im gegebenen Falle auch der Verpächter ein materielles Recht auf Änderung bzw. Verlängerung des Landpachtvertrages haben, wenn die Voraussetzungen der §§ 7 bzw. 8 LPG vorliegen.
Zunächst haben die §§ 7, 8 LPG in erster Linie materielles Recht zum Gegenstand. Entscheidend ist aber, daß der § 1o LPG völlig unverständlich erschiene, wenn dem Betroffenen überhaupt kein privates Recht auf Änderung bzw. Verlängerung des Landpachtvertrages zustehen würde. Der Gesetzgeber muß deshalb von dem Bestehen derartiger Rechte ausgegangen sein (139).

Andererseits muß dann aber die Festsetzung der konkreten Rechtsfolge im Ermessen des Landwirtschaftsrichters stehen. Was nämlich im Endeffekt eine angemessene Änderung der Vertragsleistungen oder eine angemessene Verlängerung des Vertrages ist, kann ohne Überschätzung der Erkenntnisfähigkeit des Richters nur seiner pflichtgemäßen Auswahl überlassen bleiben. Die Regelung der hier auftretenden Lebensverhältnisse ist ebenfalls derart vielfältig, daß von den erkennbar besten Regelungen oft mehrere denkbar sind. Mit der überwiegenden Meinung hat deshalb der fG-Richter auch hier Auswahlermessen (14o).
Wenn im übrigen Schuhmann (141) ausführt, daß dem Richter aus dem "kann" des § 8 Abs. 1 S. 1 LPG keine Wahlbefugnis zusteht, so mag das richtig sein, denn eine Wahlbefugnis ist ihm in Bezug auf eine "angemessene" zusprechende Entscheidung schon aus dem übrigen Wortlaut dieser Regelung in Verbindung mit der durch sie bezweckten Aufgabenerfüllung eingeräumt.
Nicht ganz klar sind demgegenüber die Ausführungen von Lange-Wulff (142). Zwar soll seiner Meinung nach das "kann" nicht bedeuten, daß die Verlängerung des Pachtvertrages im Belieben des Gerichts steht. Es entscheide jedoch das pflichtgemäße Ermessen, das dann bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 8 LPG aber zu einer Verlängerung führen werde.

---

139) So auch: Amtl. Begründung zum LPG, aaO, S. 18 u. 19
14o) BGHZ RdL 1953/242 (245); Fischer-Wöhrmann, aaO, § 7 Anm.14 u.33 u. OGH RdL 195o/66; Fischer-Wöhrmann, aaO, § 8 Anm.53
141) Schuhmann, aaO, S. 121
142) Lange-Wulff, aaO, § 8 Anm. 81

Auch die Entscheidungen des BGH, nach denen die Abwägungen der Interessen im Sinne des § 8 Abs. 1 LPG eine tatrichterliche Ermessensentscheidung sei [143], ist wohl nur so zu verstehen, daß ähnlich wie im Falle der Änderung der Verhältnisse im Sinne des § 7 Abs. 1 LPG [144] nur die Würdigung des Sachverhaltes, nicht aber dessen Subsumption im Ermessen des Richters stehen. Andernfalls bedeutete das die Anerkennung eines Tatbestandsermessens, dem hier aber nach dem oben Ausgeführten [145] nicht zu folgen wäre.
Im Ergebnis macht der Betroffene also, wenn im übrigen deren Voraussetzungen vorliegen, auch aus den §§ 7, 8 LPG ein privates Gestaltungsantragsrecht geltend, wobei jedoch die konkrete Ausfüllung dieses Rechts wiederum dem Auswahlermessen des Landwirtschaftsrichters obliegt.

dd) Stundung der Zugewinnausgleichsforderung

Ähnlich ist § 1382 BGB zu sehen, der ebenfalls eine Gestaltung, nämlich ein Hinausschieben der Fälligkeit der Zugewinnausgleichsforderung ermöglicht. Auch hier besteht der Tatbestand aus einer Anzahl bestimmter und unbestimmter Rechtsbegriffe. Gerade sie machen aber die Entscheidung über die Zulassung einer Stundung nachvollziehbar [146], also zu einer Rechtsentscheidung [147]. Auf die Stundung hat deshalb der Schuldner bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 1382 Abs. 1 BGB einen Rechtsanspruch.
Dagegen werden für das durch § 1382 Abs. 1 BGB zu gewährende Stundungsmaß keine besonderen Kriterien bestimmt. Sie könnten auch nur von besonders weitem Umfang sein, denn auch hier steht die Vielfalt der zu entscheidenden Lebenslagen einer genauen tatbestandlichen Festlegung der Rechtsfolge entgegen. Deshalb muß der Richter im Interesse einer allen Umständen gerecht werdenden Einzelfallentscheidung im Inhalt der Regelung

143) BGHZ RdL 1954/11 (13)
144) BGHZ 9/1o4 (11o)
145) Vergl. S. 62 ff
146) Vergl. S. 64/65
147) Ebenso Schuhmann, aaO, S. 1o9

eine bestimmte, am allgemeinen Gerechtigkeitsgedanken ausgerichtete Spruchfreiheit haben, die ihm die Notwendigkeit der Erkenntnis einer einzig richtigen Entscheidung nimmt. So müssen im Einzelfall auch verschiedenartige richterliche Regelungen rechtmäßig sein (148). Der Vormundschaftsrichter hat deshalb im Falle einer Entscheidung nach § 1382 Abs. 1 BGB billiges Ermessen in der Auswahl der konkreten Rechtsfolge (149).

Nur so ist daneben auch gewährleistet, daß der gesamte Spruch aus § 1382 BGB eine von derfreien Wahlbefugnis des Richters geformte homogene Einheit bildet und nicht nur für die Nebenbestimmungen aus § 1382 Abs. 3 u. 4 BGB bestimmte Entscheidungsfreiheiten bestehen. Im übrigen ist auch nicht ersichtlich, warum ein Entscheidungsspielraum für den Hauptinhalt des Spruchs aus § 1382 BGB weniger nötig sein sollte, als für dessen Nebenbestimmungen.
So sieht also auch § 1382 Abs. 1 BGB vor, daß der Schuldner des Zugewinnausgleichs ein privates Recht auf Stundung der Forderung gegen den Gläubiger hat, wenn im übrigen die Voraussetzungen des § 1382 Abs. 1 BGB vorliegen. Nur das genaue Ausmaß dieses Rechts unterliegt der Bestimmung durch eine pflichtgemäße Ermessensentscheidung des Vormundschaftsrichters. Insgesamt ist also auch hier die materiell-rechtliche Grundlage der Gestaltung ein privates Gestaltungsantragsrecht, dessen konkrete inhaltliche Umgrenzung jedoch auf der pflichtigen Befugnis des Vormundschaftsrichters zu ermessensfehlerfreier Auswahl der geeigneten Rechtsfolge beruht.

ee) Die Hausratsverteilungssachen

Im Unterschied zum Vertragshilfeverfahren nach dem VHG gewährt die HausratsVO in § 2 HausratsVO dem Haushaltverteilungsrichter ausdrücklich billiges Ermessen, soweit er durch seine Entscheidungen Rechtsverhältnisse zu gestalten hat. Das bedeutet aber hier zunächst nur, da die Billigkeit als Ideen-

---

148) Wie etwa: Festgelegter Zeitraum oder Hinzufügung einer Bedingung
149) So auch: Schlosser, aaO, S. 69/7o; RGRK-Scheffler, § 1382 Anm. 8 u. 1o

begriff ja die in den Regelungsstreitverfahren zu treffenden Entscheidungen nicht konkretisieren kann [150], daß der Richter bei seinen privatrechtsgestaltenden Entscheidungen kraft Gesetzes Handlungsermessen hat. Anders als bei den Landpachtsachen und den Entscheidungen nach § 1382 BGB weist nämlich weder der Wortlaut des § 2 HausratsVO noch der sonstige Inhalt der HausratsVO eindeutig auf eine Beschränkung dieses Hand - lungsermessens, auf ein Auswahlermessen hin.
Infolgedessen wird diese Frage vor allem in der Literatur auch nicht einhellig beantwortet. Herrschend geht man dort jedoch davon aus, daß die ehemaligen und getrennt lebenden Ehegatten einen privaten Anspruch gegeneinander auf Auseinandersetzung von Ehewohnung und Hausrat haben. So steht nach Kuhnt [151] den Ehegatten im Hausratsverteilungsverfahren ein Auseinandersetzungsanspruch in Form eines Rechts auf Rechtsgestaltung [152] durch richterliche Anordnung zu. Nach Hoffmann-Stephan [153] besteht der Auseinandersetzungsanspruch in einer höchst-persönlich, also nur den Ehegatten zustehenden Befugnis, eine Rechtsgestaltung durch richterliche Anordnung herbeiführen zu können. Daran anschließend hält Lauterbach [154] diesen Aus - einandersetzungs"anspruch" dann auch für nicht pfändbar.

Dem Sinne nach einhellig entscheidet sich auch schon die Nachkriegsrechtsprechung für einen Anspruch der Ehegatten gegeneinander auf richterliche Gestaltung. So können z.B. nach einer Entscheidung des LG Münster [155] die Ehe - gatten höchst-persönliche Ansprüche an Haushaltsgegenständen, die im Eigentum des anderen Ehegatten stehen, haben. Weiter erwähnt auch das LG Berlin [156] Ansprüche, die ein Ehegatte auf den Hausrat zu haben glaubt. Für die spätere Rechtspre - chung muß vor allem ein Beschluß des LG Hamburg aus dem Jahre 1959 [157] als bezeichnend angesehen werden. Dort gesteht das Gericht den Ehegatten auch dann noch einen Anspruch auf rich-

---

150) Vergl. S. 70/71
151) Kuhnt, AcP 150/130 (153)
152) Nämlich auf Zuteilung, Zuweisung
153) Hoffmann-Stephan, aaO, § 1 Anm. 1 B
154) Palandt-Lauterbach, Anh. II zum EheG, § 8 Anm. 1
155) LG Münster NJW 1947/48 S. 344 (345)
156) LG Berlin, Haus und Wohnung 1949/123

terliche Gestaltung zu, wenn die Ehegatten sich über die Auseinandersetzung geeinigt haben, diese Einigung aber weder selbst gestaltet noch eine Gestaltung zur Folge hat (158).

Insgesamt begründet die HausratsVO nach diesen Auffassungen also einen Auseinandersetzungsanspruch in Form eines höchstpersönlichen, privaten Rechts der ehemaligen und getrennt lebenden Ehegatten gegeneinander auf Rechtsgestaltung durch Spruch des Hausratsrichters.

Daß zunächst diese Rechtsstellung der Ehegatten höchstpersönlich, also unübertragbar, nicht zu vererben und unpfändbar ist, beeinträchtigt in keiner Weise die Möglichkeit, daß es sich dabei um ein privates Gestaltungs- bzw. Gestaltungsantragsrecht handeln kann. Die rechtliche Behandlung der Rechtsänderungsrechte ist nämlich derart unterschiedlich, daß auch im übrigen höchstpersönliche Rechte darunter fallen (159). Andererseits kann aber die allseits betonte besondere Bindung des Hausratsverteilungsverfahrens an die Personen der Ehegatten im Zusammenhang mit der richterlichen Ermessensgewährung durch § 2 HausratsVO auch darauf hindeuten, daß die HausratsVO den Ehegatten keine sachlich-rechtliche Befugnis verleiht, sondern deren Rechtsstellung ausschließlich auf den verfahrensrechtlichen Bereich beschränkt (160). Die rechtliche Position, durch Antrag die Auseinandersetzung in Gang zu bringen, wäre dann ausschließlich eine verfahrensrechtliche Befugnis. Nur so sehen in der Tat auch insbesondere Breetzke (161) und Scheffler (162) die Rechtsstellung der Ehegatten im Hausratsverteilungsverfahren.

Zu bemängeln ist nun an diesen Stellungnahmen aber insgesamt, daß keiner dieser Autoren, gleich welcher Auffassung, seine Meinung begründet. Das ist um so bedauerlicher, weil, je nach Umfang des richterlichen Ermessensbereiches, jede der beiden Meinungen gerechtfertigt sein kann. Letzte Klarheit kann deshalb auch hier nur die Abgrenzung des richterlichen Entschei-

---

157) LG Hamburg NJW 1960/391 (392)
158) Ähnlich auch: BayOLGZ 53/328 (330) und OLG Celle in NJW 1964/1861 (1862)
159) Vergl. Enneccerus-Nipperdey, aaO, §73 I 3e u. §73 Anm. 17
160) Vergl. hierzu die Ausführungen auf S. 47
161) Breetzke, DRiZ 1956/170 (171)
162) RGRK-Scheffler, HausratsVO § 1 Anm. 5

dungsspielraumes in der HausratsVO schaffen. Dazu bedarf es aber auch hier eines allgemeinen Rückblicks auf die recht - liche Struktur und die Aufgaben des Hausratsverteilungsverfahrens.

Weiter führt zunächst schon die Analyse der Rechtslage, die bestände, wenn es die HausratsVO nicht gäbe. Für die Tei - lung gemeinsamer Haushaltsgegenstände und der gemeinsamen Mietwohnung kämen dann die Vorschriften der §§ 752 ff BGB in Betracht. Wenn nämlich auch diese gemeinsame Rechtsinhaber - schaft keine eigentliche Bruchteilsgemeinschaft im Sinne der §§ 741 ff BGB darstellt, sondern aufgrund der vorausgegangenen besonderen familienrechtlichen Beziehungen eine eigene Gemeinschaft familienrechtlicher Art sein wird, so ist ihre rechtliche Struktur, soweit sie die Inhaberschaft gemeinsamer Rechte betrifft, dennoch soweit mit der Bruchteilsgemeinschaft vergleichbar, daß die §§ 749 ff BGB entsprechend da - rauf Anwendung finden können. Sobald deshalb diese Gemein - schaft mit der Auflösung der Ehe endet, stände also den Ehegatten ein Teilungsanspruch mit dem Inhalt der §§ 752 ff BGB zu (163).

Nun erkannte schon das Reichsgericht (164) vor dem Erlaß der HausratsVO, daß zumindest für die gemeinsam gemietete Wohnung eine Teilung nach Gemeinschaftsrecht unsozial und auch wirtschaftlich nicht zu vertreten ist. Es hielt deshalb die Auseinandersetzung der familienrechtlichen Gemeinschaft in Be - zug auf die gemeinsame Mietwohnung durch Zuweisung der Wohnung an einen der Ehegatten für rechtlich zulässig. Schon damals ging also der Teilungsanspruch auf Zuweisung nach Billigkeit. Anders beurteilt, als allein aufgrund der §§ 752 ff BGB wurde dadurch aber auch nur die Möglichkeit der Art und Weise der Auseinandersetzung, nicht aber deren Rechtsgrund. Letzterer war vielmehr nach wie vor die Auflösung der Gemeinschaft.

Unter diesem Blickwinkel ist nun aber auch die Normierung der HausratsVO zu sehen. Aus ähnlichen wirtschaftlichen und sozialen Gesichtspunkten (165) wurde

---

163) Hoffmann-Stephan, aaO, Vorbem. vor § 1; Dölle, Lehr - buch, § 41 V 1

164) RG in DR 1944/69

165) Ebenso sehen das: Dölle, Lehrbuch, § 41 V 1; Erman-Ranke, Vorbem. 2 vor § 1 HausratsVO; Palandt-Lauterbach, Einl. 1 zur HausratsVO; Hoffmann-Stephan, aaO, Vorbem. vor § 1

neben der Zuteilung der gemeinsamen Mietwohnung nicht nur die Auseinandersetzung des gemeinsamen Hausrats miteinbezogen, sondern sogar die Möglichkeit geschaffen, Wohnung und Hausratsgegenstände, die im Eigentum eines Ehegatten stehen, dem anderen Ehegatten zuzuweisen. Auch hier handelt es sich dann aber lediglich um eine sozialgerechte Erweiterung der möglichen Teilungsarten, Rechtsgrund der Teilung selbst bleibt nach wie vor die Auflösung der familienrechtlichen Gemeinschaft. Daraus steht dem Ehegatten dann aber ein materiellrechtlicher Anspruch auf Auseinandersetzung zu, denn es ist für Gemeinschaftsverhältnisse charakteristisch, daß bei ihrer Auflösung jeder Teilnehmer von den übrigen verlangen kann, daß die gemeinschaftlichen Rechte auseinandergesetzt werden. Höchstens Art und Umfang dieses Anspruchs kann, angepaßt an das jeweilige Gemeinschaftsverhältnis, unterschiedlich sein.
Im Ergebnis ist deshalb aufgrund dieser historisch-teleologischen Betrachtung des Hausratsverteilungsverfahrens der herrschenden Meinung insofern zu folgen, daß die ehemaligen und getrennt lebenden Ehegatten unter den Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 HausratsVO ein privates Recht auf Auseinandersetzung gegeneinander haben. Was nun den Rechtsinhalt dieses Privatrechtes angeht, so bedeutet Auseinandersetzung im Hausratsverteilungsverfahren immer Rechtsgestaltung (166). Dieses Recht hat also die private Macht zum Inhalt, konkrete Privatrechtsbeziehungen durch fG-Richterspruch zu gestalten, ist somit ein privates Gestaltungsantragsrecht.
Andererseits ist der Hausratsteilungsrichter aber auch gemäß § 2 HausratsVO berechtigt und verpflichtet, nach billigem Ermessen zu entscheiden. Unter Berücksichtigung des oben Ausgeführten kann diese Ermessensgewährung das "ob" seiner Entscheidung jedoch nicht betreffen. § 2 HausratsVO ermächtigt also aufgrund der Aufgaben des Hausratsverteilungsverfahrens lediglich zu einem Auswahlermessen.
Die materiell-rechtliche Grundlage der konkreten Privatrechts-

---

166) Siehe dazu im einzelnen LG Hamburg in NJW 1960/391 (392)

gestaltung im Hausratsverteilungsverfahren ist somit ein privates Gestaltungsantragsrecht der ehemaligen und getrennt lebenden Ehegatten gegeneinander, das seinerseits jedoch inhaltlich letztlich beruht auf der pflichtigen Befugnis des Hausratsverteilungsrichters zur Ausübung von Auswahlermessen.

ff) Die Wohnungseigentumssachen

Im Unterschied zu den bisher behandelten Regelungsstreitsachen hat der fG-Richter im Wohnungseigentumsverfahren in erster Linie über die sich aus der Wohnungseigentümergemeinschaft ergebenden Rechte und Pflichten der Wohnungseigentümer untereinander oder die des Verwalters zu entscheiden. Es handelt sich also im Wohnungseigentumsverfahren in der Hauptsache um einen Rechtsstreit (167), dem behauptetes subjektives Privatrecht zugrunde liegt (168). Erst subsidiär kann der fG-Richter auch im Wohnungseigentumsverfahren Entscheidungen nach billigem Ermessen treffen. Soweit also hier von Wohnungseigentumssachen als Regelungsstreitigkeiten gesprochen wird, so gilt das nur für den letztangeführten Teilbereich. Für diesen Teilbereich setzt folglich aber auch hier die Festlegung der materiellrechtlichen Grundlagen der ergehenden Privatrechtsgestaltung die genaue Abgrenzung des gewährten Ermessensumfanges voraus.

Normativ weitgehend geregelte Möglichkeiten zu privatrechtsgestaltenden Ermessensentscheidungen im Wohnungseigentumsverfahren sind zunächst die Fälle der §§ 15 Abs. 3 und 21 Abs. 4 WEG. Sie sollen deshalb in diesem Zusammenhang als Ausgangspunkt für die Untersuchung des Ermessensumfangs im allgemeinen, also im Sinne des § 43 Abs. 2 WEG dienen.

Zunächst geht aus dem Wortlaut der §§ 15 Abs. 3 und 21 Abs. 4 WEG hervor, daß jeder Wohnungseigentümer einen Anspruch auf einen zulässigen Gebrauch und eine ordnungsgemäße Verwaltung hat. Was im Einzelfall zulässig bzw. ordnungsgemäß ist, soll sich einerseits aus den Vereinbarungen oder Beschlüssen der

---

167) Also um ein Streitverfahren im Sinne der Ausführungen unter S. 86 ff

168) Diester, a.a.O., Einf.Rdnr. 4 vor § 43; Lent, ZZP 66/267 (281)

Wohnungseigentümer ergeben (169). Andererseits ist beim Fehlen genauer Regelungen der Gebrauch zulässig und die Verwaltung ordnungsgemäß, die dem Interesse der Gesamtheit der Wohnungseigentümer nach billigem Ermessen entspricht. Hier ist also Art und Umfang der Zulässigkeit bzw. der Ordnungsmäßigkeit gemäß § 43 Abs. 1 WEG erst durch Richterspruch nach billigem Ermessen zu bestimmen (170). Daß damit der Inhalt des Wohnungseigentums für diesen Sonderfall vorher nicht konkret bestimmt ist, ändert jedoch nichts an der Rechtsmacht jedes Wohnungseigentümers grundsätzlich einen zulässigen Gebrauch bzw. eine ordnungsgemäße Verwaltung verlangen und durchsetzen zu können. Diese Befugnis ist nämlich selbst schon essentieller Inhalt des Wohnungseigentumsverhältnisses und wird durch die §§ 15 und 21 WEG nur noch einmal substantiiert klargestellt. Einhellig wird deshalb dem Wohnungseigentümer auch ein entsprechender privater Anspruch zugestanden (171). Soweit dem fG-Richter nach den §§ 15 Abs. 3 und 21 Abs. 4 WEG also Handlungsermessen eingeräumt ist, kann es deshalb nur in einem Auswahlermessen bestehen. Das "ob" der Regelung liegt begründet in einem Privatrecht, aufgrund dessen jeder Wohnungseigentümer unter den entsprechenden Voraussetzungen in der Lage ist, einen zulässigen Gebrauch und eine ordnungsgemäße Verwaltung zu verlangen und durchzusetzen. Um Gestaltung handelt es sich hierbei deswegen, weil der Spruch des fG-Richters dann die fehlende Vereinbarung bzw. den fehlenden Beschluß der Wohnungseigentümer ersetzt.
Die materiell-rechtliche Grundlage der konkreten Privatrechtsgestaltung in den Fällen der §§ 15 Abs. 3 und 21 Abs. 4 WEG ist folglich ein privates Gestaltungsantragsrecht und die Befugnis des fG-Richters zur Wahl der geeigneten Rechtsfolge.

---

169) Die Entscheidung hierüber ist naturgemäß eine Rechtsentscheidung

170) Ebenso: Weitnauer-Wirths, aaO, § 15 Anm. 6 u. § 21 Anm. 12; Diester, aaO, § 15 Anm. 8 u. § 21 Anm. 13; Bärmann, WEG, § 15 Anm. III c

171) Bärmann, WEG, § 21 Anm. III 1; Diester, aaO, § 15 Anm. 8 u. § 21 Anm. 12; Weitnauer-Wirths, aaO, § 15 Anm. 6 u. § 21 Anm. 10; Palandt-Degenhardt, WEG, § 15 Anm. 2 u. § 21 Anm. 4; Soergel-Siebert, Baur, § 21 Anm. 3; RGRK-Pritsch, § 15 Anm. 7 u. § 21 Anm. 11

Aber auch sonst, soweit der fG-Richter privatrechtsgestaltend aufgrund einer Ermessensentscheidung nach § 43 Abs. 2 WEG tätig wird, ist er in Bezug auf das "ob" des Eingriffs jeweils an ein privates Recht gebunden. Was sich nämlich für die Sonderfälle aus den §§ 15, 21 WEG ergab, gilt insgesamt für das Wohnungseigentumsverhältnis. Die Rechte und Pflichten, über die der fG-Richter zu entscheiden hat, ergeben sich schon aus dem gesetzlich fixierten bzw. von den Beteiligten vereinbarten oder beschlossenen Wohnungseigentumsverhältnis selbst. Der fG-Richter konstituiert sie deshalb gemäß § 43 Abs. 2 WEG nicht, sondern er konkretisiert sie. Rechtsgrundlage, aufgrund deren die Beteiligten eine entsprechende Regelung ihrer Rechte und Pflichten voneinander verlangen können, ist vielmehr das Gemeinschaftsverhältnis. Nur für den Fall, daß sie sich nicht einigen können und auch sonst keine Regelung besteht, ist es deshalb ja auch möglich, einseitig gegenüber den übrigen Beteiligten eine angemessene Regelung durchzusetzen. Dann hat der so Begünstigte aber auch ein privates Recht darauf. Für den fG-Richter bleibt infolgedessen aus § 43 Abs. 2 WEG nur noch die Freiheit der Wahl unter gleich angemessenen Lösungen.
Dieses Ergebnis entspricht im übrigen auch dem Wortlaut des § 43 Abs. 1 und Abs. 2 WEG insofern, als es dort grundsätzlich um Entscheidungen über sich aus dem Wohnungseigentum ergebende Rechte und Pflichten geht.
Insgesamt ergibt sich deshalb auch für das Wohnungseigentumsverfahren, soweit es sich um Regelungsstreitigkeiten handelt, daß die materiell-rechtliche Grundlage ihrer konkreten Privatrechtsgestaltung ein privates Gestaltungsantragsrecht ist, dessen letzte inhaltliche Festlegung aber auf der pflichtigen Befugnis des fG-Richters zu einem Auswahlermessen beruht.

e) Zusammenfassende Stellungnahme zur materiell-rechtlichen Grundlage der Regelungsstreitsachen

Zusammenfassend ist somit der herrschenden Meinung insofern zu folgen, daß auch den Regelungsstreitigkeiten ein privates Gestaltungsrecht, hier Gestaltungsantragsrecht zugrunde liegt.

Es geht infolgedessen auch in den Regelungsstreitigkeiten um die Durchsetzung behaupteter privater Rechte. Insofern spricht man also zu Recht von den Regelungsstreitigkeiten als Streit - sachen. Daneben ist aber auch Grundlage der konkreten Gestal - tung eine pflichtige öffentlich-rechtliche Befugnis des fG - Richters zur ermessensfehlerfreien Auswahl der geeigneten Gestaltungsmöglichkeit. Damit nähern sich die Regelungsstreit - sachen in gewisser Hinsicht wieder den Fürsorgeangelegenhei - ten des nichtstreitigen Bereichs.
Es ist nun müßig zu streiten, wohin die Regelungsstreitsachen eigentlich gehören. Sicherlich stehen sie so, wie sie hier gesehen wurden, den Streitsachen im Sinne des Zivilprozeßrechts eindeutig näher als den Fürsorgeangelegenheiten des nicht - streitigen Bereichs der fG. Wesentlicher erscheint es dagegen, einmal generell das Besondere, Eigene der Regelungsstreitigkeiten mit den gewonnenen Erkenntnissen zu vergleichen.

Nicht zu bestreiten ist nämlich, daß der Regelungs - streit nicht nur weitgehend in das materielle Recht einbricht, sondern daß er auch vom normalen Rechtsstreit abrückt. Bötticher bemerkt dazu (172), diese Unterschiede seien schon in der historischen Entwicklung von Bedeutung gewesen. Wie der arbiter zum iudex, das consilium zum iudicium, also das Schlichten zum Richten , so ständen sich auch der Regelungsstreit und der Rechtsstreit gegenüber. Güte solle im Regelungsstreit vor Recht ergehen. Hinter den Regelungsstreitsa - chen stehe aus ihrem Wesen deshalb die gesetzgeberische Er - wartung, daß rechtliche Hilfe im Sinne von Richten nur sub - sidiär nötig sei. Zumal private Interessen im Vordergrund ständen, sollten sich die Parteien, wenn auch unter Zuspruch des Richters, in erster Linie selber helfen. Erkennt man aber diese gesetzesimmanente Forderung an, daß also der sozial und wirtschaftlich Stärkere dem ungerechtfertigt belasteten Partner eines Privatrechtsverhältnisses entgegenkomme, dann kann man kaum umhin, letzterem auch eine materiell-rechtliche Befugnis darauf zuzugestehen, die er gegebenenfalls gegen die Unein-

---

172) Böttticher, F.f. Lent S. 89

sichtigkeit seines Partners gerichtlich durchzusetzen vermag. Um insgesamt jedoch noch von einem Schlichten reden zu können, kann dieses Recht aber auch immer nur zu einem Einlenken an sich ermächtigen. Die Einzelfallregelung haben die Beteiligten zunächst auszuhandeln. Nur subsidiär steht ihnen ein unparteiischer Dritter dabei zur Verfügung, der bei einer Entscheidung jedoch infolge der Vielfalt der zu regelnden Lebensverhältnisse und abzuwägenden Interessen ein bestimmtes Maß von Freiheit in der Wahl der zu treffenden Maßnahme haben muß.

Dieser Rechtscharakter der Regelungsstreitsachen ergänzt sich also mit ihren hier ermittelten materiell-rechtlichen Grundlagen. Privates Recht und pflichtiges richterliches Ermessen werden deshalb als charakteristische Grundlagen des Regelungsstreits anzusehen sein. Regelungsstreit besteht so überall dort, wo die Regel (173) noch Platz für eine individuelle Regelung läßt.

2. Sonstiger Streitsachen

Weniger zwiespältig sind dagegen die Auffassungen, soweit sie die materiell-rechtliche Grundlage der sonstigen Streitsachen betreffen. Der Zweck eines derartigen Verfahrens wird im Gegensatz zu den Regelungsstreitsachen wohl einhellig in der Entscheidung über subjektive Privatrechte (174) gesehen. Es handelt sich dabei infolgedessen um einen reinen "Rechts"-streit. Für die konkrete privatrechtsgestaltende Entscheidung in diesem Bereich bedeutet diese Feststellung dann in der bisherigen Terminologie, daß ihre materiell-rechtliche Grundlage einzig ein privates Gestaltungsantragsrecht des Antragstellers ist.

Das erstaunliche an dieser Einhelligkeit ist jedoch, daß in der Einzelbetrachtung meist nur auf die verfahrensrechtliche Verwandtschaft der sonstigen Streitsachen zum Zivilprozeß hingewiesen wird und so zwar der Schluß auf zugrunde liegendes

173) Im Sinne von berechtigender Norm
174) So vor allem: Habscheid, § 7 I 2; Bärmann, § 4 II 2 u. AcP 154/373 (417); Lent, ZZP 66/267 (278); Zimmermann, Rpfleger 1962/42; Jansen, Vorbem. 58 vor §§ 8-18; Keidel, aaO, § 12 Anm. 1o9; Pikart-Henn, aaO, S. 7

privates Recht der Beteiligten naheliegt, selten dagegen auf die die Entscheidung tragenden materiellen Normen selber eingegangen wird, aus denen sich diese Rechtspositionen dann ja ergeben müssen. Daß aber gerade der verfahrensrechtliche Zusammenhang materiell-rechtlich wenig aussagen kann, beweist die Einordnung des Entmündigungs- bzw. Aufgebotsverfahrens in die Zivilprozeßordnung. Zur Begründung dieser herrschenden Auffassung erscheint es mir deshalb angebracht, kurz genauer auf die betroffenen materiellen Rechtsgrundlagen einzugehen, zumal deren Tatbestände nicht immer unzweideutig sind.

a) Betrachtung der Rechtsgrundlagen

So steht zum Beispiel fest, daß die meisten der hier in Frage stehenden Rechtsnormen "Kann-Vorschriften" sind (175). Nun ist aber gerade die Ausgestaltung der Norm zu einer Kann-Vorschrift ein bedeutsames gesetzestechnisches Mittel zur Gewährung von Handlungsermessen. Außerdem ist nicht zu verkennen, daß eine derartige richterliche Wahlbefugnis sich auch aus der teilweise recht weiten sprachlichen Fassung der einschlägigen Bestimmungen ergeben könnte.
Jedoch hat nicht jede weitgefaßte Rechtsnorm, genau wie jede Kann-Vorschrift, dieselbe rechtliche Bedeutung. Ob der Gesetzesgeber dennoch eine bestimmte Rechtsfolge hat setzen wollen, hängt vielmehr weitgehend vom Sinn und Zweck der einzelnen die Entscheidung tragenden Norm ab. Gerade auch deswegen sollen im folgenden zur genaueren Abgrenzung typische einschlägige Ermächtigungsnormen auf ihre Rechtsgewährungseignung untersucht werden.
Nicht zu folgen ist dagegen der Auffassung des Reichsgerichts (176), welches generell für den Bereich des BGB und des HGB feststellt, daß Kann-Vorschriften kein Ermessen einräumen, sondern das Gericht im Gegenteil immer zu einem be -

---

175) Wie z.B. die §§ 113 Abs.3, 1365 Abs.2, 1369 Abs.2, 1426, 1430, 1452, 1727 Abs.2, 1747 Abs.2, 1383, 2227 BGB; § 57 EheG; § 122 Abs.3 AktG; §§ 146 Abs.2, 147 HGB; §66 Abs.2 u. 3 GmbHG; §§ 46 Abs.2, 83Abs.4 S. 1 GenG

176) RGZ 122/312 (314)

stimmten Handeln ermächtigen. Dieses Ergebnis hat nämlich nicht nur im Rahmen der fG keine Anerkennung gefunden [177], sondern ist vor allem die Folge einer nicht herrschenden juristischen Argumentation. So geht das Reichsgericht von der Möglichkeit eines Tatbestandsermessens aus und gelangt dann folgerichtig zu der Auffassung, daß das Problem der Kann-Vorschrift im Sinne einer weiteren Ermessensgewährung gelöst oder zumindest in seiner Bedeutung stark herabgemindert sei. Wenn nämlich der Richter schon bei der Subsumption Ermessen ausgeübt habe, so könne kaum noch ein Bedürfnis für eine Ermessensgewährung bei der Rechtsfolge bestehen.
Dieser vom Reichsgericht eingeschlagene Weg ist jedoch vor allem deshalb nicht gangbar, weil die Lehre vom Tatbestandsermessen abzulehnen ist [178]. Mit der Bejahung dieser Lehre steht und fällt aber diese Argumentation. Hier soll deshalb die vorgefaßte Methode der Untersuchung typischer einschlägiger Bestimmungen weiterverfolgt werden.

aa) Weite Fassung der Tatbestände

Dazu ist zunächst anzuknüpfen an die oft gesetzlich weitgefaßten Tatbestände der einzelnen Rechtsgrundlagen. Denn insoweit ist dem Reichsgericht zuzustimmen: erteilen schon sie dem fG-Richter einen Ermessensspielraum, so ist die Kodifizierung als Kann-Vorschrift ohne Bedeutung [179]. Infrage kommen hier z.B. Formulierungen wie: wichtiger Grund [180], ausreichender Grund [181], schwerwiegende Gründe [182], ordnungsmäßige Verwaltung [183], ordnungsmäßige Besorgung persönlicher Angele -

---

177) Anders vor allem: Keidel, aaO, § 27 Anm. 26a; Baur, § 31 C II 2b, cc; Bärmann, § 33 IV 5 a; Jansen, § 27 Anm. 13; BayOLGZ 1963/116 (118)
178) Vergl. S. 62 ff
179) Siehe hierzu das Beispiel auf S. 68 ff
180) So die §§ 2227 BGB; 146 Abs.2, 147 S. 2, 161 Abs.2 HGB; 265 Abs.3 AktG; 66 Abs.2 u. Abs.3 S.1 GmbHG
181) So die §§ 1357 Abs.2, 1365 Abs.2, 1369 Abs. 2, 1426, 1430, 1450 BGB
182) So der § 1727 Abs. 1 BGB
183) So sie §§ 1365 Abs.2, 1426, 1452 Abs. 1 BGB

genheiten (184), ordnungsmäßige Geschäftsführung und grobe Pflichtverletzung (185), schwere Verfehlung und ehrloser unsittlicher Lebenswandel (186) oder auch Unbilligkeit und Unzumutbarkeit (187). Doch handelt es sich dabei in allen Fällen um Begriffe, die mehr oder weniger konkret den Tatbestand der betreffenden Norm bestimmen. Richterliche Wahlbefugnis würde hier also immer Tatbestandsermessen bedeuten. Da dieses Rechtsinstitut aber nicht anzuerkennen ist (188), führt die Subsumption auch unter diese weiten Tatbestandsbegriffe immer nur zu einer richtigen Entscheidung. Die weite sprachliche Fassung dieser Norm erschwert somit zwar das Finden dieser Entscheidung, hindert es aber nicht. Liegen also diesen Rechtsnormen subjektive Privatrechte zugrunde, so ist diese Rechtsgewährung nicht durch die weite Fassung einzelner Tatbestände ausgeschlossen.
Es bleibt deshalb lediglich die Möglichkeit, daß durch ihre Normierung als Kann-Vorschrift dem fG-Richter Ermessen eingeräumt ist und aufgrund dessen sich aus ihnen private Rechte des Einzelnen nicht oder nur beschränkt ergeben können.

bb) "Kann" - Vorschriften

(1) Im vorliegenden Rechtsbereich bringen Kann-Vorschriften jedoch oft lediglich zum Ausdruck, daß der Richter bei Vorliegen der Voraussetzungen im übrigen gewissermaßen berechtigt und verpflichtet ist, abweichend von einer gesetzlichen Regel zu entscheiden.
Hierher gehört zum Beispiel der Fall des § 13 Abs. 1 S. 1 GrdstVG, also die Zuweisung eines landwirtschaftlichen Betriebs an einen Miterben durch Spruch des fG-Richters. Obwohl Lange (189) in Übereinstimmung mit dem OLG Hamm (190) der Meinung ist, daß dem Richter durch das "kann" Handlungsermessen eingeräumt wird, weil es sonst zu unbilligen und unzweckmäßigen Entscheidungen kommen könne, ist der herrschenden Rechtsprechung folgend (191) durch § 13 Abs. 1 S. 1 GrdstVG das Gericht grundsätzlich für verpflichtet zu erachten, eine Zu-

---

184) So die §§ 1430, 1452 Abs. 2 BGB
185) So der § 2227 BGB
186) So der § 57 EheG
187) So der § 1383 BGB u. vergl. dazu S. 71/72

weisung auszusprechen, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen dafür vorliegen. Wenn daneben ausnahmsweise aus dem Sinn und Zweck des § 13 GrdstVG dennoch von einer Zuweisung abzusehen ist [192], so ist das eine Rechtsentscheidung, denn sie findet ihre Grundlage nicht in freier Sacherwägung des Richters, sondern in einer zweckgerichteten Auslegung des § 13 GrdstVG. Diese zugrunde liegenden Zweckmäßigkeitsüberlegungen zielen nämlich nicht daraufhin, irgendeine zweckmäßige Regelung auszusprechen, sondern eine sicher unzweckmäßige nicht vorzunehmen. Dafür bestehen aus dem Begriff der Unzweckmäßigkeit [193] und dem zu regelnden Sachzusammenhang aber objektive Entscheidungskriterien.

Es ist deshalb grundsätzlich eine Zuweisung auszusprechen, wenn im übrigen der Tatbestand des § 13 Abs. 1 S. 1 GrdstVG vorliegt, es sei denn diese Regelung wäre unzweckmäßig. Das "kann" des § 13 Abs. 1 S. 1 GrdstVG läßt also genauso einerseits nur den Weg einer erkenntnismäßig nachvollziehbaren Entscheidung offen, wie es andererseits die Regel der Zuweisung und die Ausnahme der Nichtzuweisung möglich macht. Es hat daher ausschließlich die Funktion einer Regel - Ausnahme - ermächtigung [194].

Ähnliches gilt auch für das "kann" des § 1383 Abs. 1 BGB. Die Subsumierbarkeit des Sachverhalts unter seinen Tatbestand ist, wie ausgeführt [195], eine reine Rechtsentscheidung. Wenn dann aber sein Tatbestand erfüllt ist, so läßt § 1383 Abs. 1 BGB aus seinem Sinn und Zweck keinen Raum mehr, noch einen ablehnenden Spruch zu erlassen. Der Vormundschaftsrichter muß vielmehr bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 1383 Abs. 1 BGB die Übertragung von Vermögensgegenständen anordnen. Ob -

---

188) Vergl. dazu S. 62 ff
189) Lange,aaO, § 13 Anm. 8
19o) OLG Hamm JMBl NRW 49/87 (88)
191) OGHZ in RdL 5o/143; OLG Oldenburg in Nds Rpfleger 5o/1o4 (1o5); OLG Schleswig in RdL 56/114; BGH in RdL 52/69 (71); BGH in RdL 56/28o (281)
192) Dessen Notwendigkeit bestreitet der BGH garnicht. Siehe: BGH RdL 56/28o (281)
193) Vergl. S. 71/72
194) Ebenso Schuhmann, aaO, S. 129
195) Vergl. S. 89 u. Fußn. 187

wohl dann aber die Zugewinnausgleichsschuld gemäß § 1378 BGB grundsätzlich eine Geldschuld ist, kann der Vormundschafts - richter ausnahmsweise eine Sachauseinandersetzung begründen. Das "kann" des § 1383 Abs.1 BGB ist deshalb ebenfalls nur im Sinne einer Regelausnahmeermächtigung zu verstehen.
(2) Im übrigen ergibt sich weitgehend aus dem Sinn und Zweck der einschlägigen Normen, daß die "Kann" - Fassungen den Richter in diesen sonstigen Streitverfahren der fG lediglich für zuständig erklären, also besagen, daß eine Maßnahme rechtlich vorgesehen, vornehmbar oder zulässig ist. Liegen deshalb im übrigen alle Tatbestandsvoraussetzungen vor, so gewährt das "kann" dem Richter keine Wahlbefugnis, sondern er hat dann seine so festgelegte Zuständigkeit wahrzunehmen.

Deutlich geht dieser Gedanke aus den Vorschriften der §§ 37 BGB, 122 AktG und 45 GenG hervor. Wenn hier das Registergericht eine Ermächtigung aussprechen "kann", so bedeutet das, daß das Verlangen der Minderheit nur in dieser Weise durchzusetzen ist (196). Durch das "kann" wird also lediglich ein gesondertes Verfahren für zulässig erklärt.
Ähnlich weist die "Kann" - Fassung der §§ 146 Abs.2, 147 S.1, 161 Abs. 2 HGB, des 66 Abs.2 u. 3 S. 1 GmbHG, des 83 Abs. 2 u. 3 S. 1 GenG ausschließlich daraufhin, daß diese Entscheidungen zum Zuständigkeitsbereich des Registergerichts gehören. Für das Nachlaßgericht ergibt sich gleiches aus § 2227 BGB. Bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen bleibt dem Richter für eine Wahlbefugnis in Bezug auf die Rechtsfolge kein Raum.
Auch hinsichtlich der Ersetzung der Ermächtigung gemäß §§ 113 Abs. 3, 1365 Abs. 2, 1369 Abs. 2, 1426, 143o, 1452, 1727 Abs.2, 1747a BGB gebietet es die Gesetzesauslegung, die Befugnis des Richters nur im Sinne eines "rechtlichen Könnens", das heißt also als Einräumung seiner Zuständigkeit aufzufassen. Die in den Normen abschließend genannten Entscheidungsvoraussetzun - gen binden ihn bei der Setzung der Rechtsfolge.
Als letztes gewährt auch das "kann" des § 57 Abs. 1 EheG dem Vormundschaftsrichter kein Handlungsermessen (197). Vielmehr

196) Palandt-Dankelmann, § 37 Anm. 2
197) Ebenso BayOLGZ 62/267 (272)

bedeutet diese Terminologie hier ebenfalls lediglich eine gerichtliche Vornehmbarkeitsbefugnis. Der § 57 EheG kann nämlich in Abgrenzung zum § 56 EheG nur den Sinn haben, ein Verhalten der Ehefrau nach Rechtskraft des Scheidungsurteils zu überprüfen. Erfüllt dieses Verhalten dann aber die Voraussetzungen des § 57 EheG, so würde die Einräumung eines Rechtsfolgeermessens zugunsten des Vormundschaftsrichters den Mann ohne Grund rechtlich schlechter stellen, als im Fall des § 56 EheG, wo er aus eigenem Recht die Rechtslage unmittelbar gestalten kann.
Zusammenfassend ergibt sich also, daß im Bereich der sonstigen Streitsachen die Ermächtigungsnormen der konkreten Privatrechtsgestaltung nur scheinbar den Eindruck der Einräumung von Ermessen an den fG-Richter machen. In Wahrheit haben die einschlägigen Normen die sachlichen Voraussetzungen für die Entscheidung des Gerichts durch bestimmte und unbestimmte Rechtsbegriffe erschöpfend normiert und selbst in den Fällen, in denen das Gesetz eine "Kann" - Fassung vorsieht, keinen Ermessensspielraum konstituiert. Nach diesen Feststellungen kann und soll nun die konkrete Untersuchung einiger charakteristischer Rechtsgrundlagen privatrechtsgestaltender Entscheidungen in sonstigen Streitsachen auf tatsächlich zugrunde liegendem privatem Recht nur noch der Bestätigung dienen, daß in diesem Streitverfahren der fG subjektive Privatrechte in Streit sind.

b) Einzelne subjektive Privatrechte

In diesem Sinne hat z.B. im Vereinsrecht eine bestimmte Minderheit als solche ein privates Recht gegen die übrigen Mitglieder auf Berufung der Mitgliederversammlung (198). Zwangsweise ist dieses Recht zum Schutze der Minderheit jedoch nur durch Ermächtigung zur Einberufung durch den fG-Richter durchsetzbar (199). Der Entscheidung liegt also ein privates Recht

---

198) So in § 37 Abs. 1 BGB, § 122 Abs. 1 AktG, § 45 Abs. 1 GenG
199) Vergl. § 37 Abs. 2 BGB, § 122 Abs. 3 AktG, § 45 Abs. 3 GenG

eines Teils der Mitglieder zugrunde, welches auch die Rechtsmacht umfaßt durch Gerichtsakt eine Privatrechtsgestaltung herbeiführen zu können.

Auch die gerichtliche Bestellung und Abberufung von Liquidatoren [200] ist eine gesetzliche Ermächtigung zum Schutze von Minderheiten. Aus dem Sinn und Zweck ihrer Rechtsgrundlagen ergibt sich nämlich, daß den einzelnen Beteiligten eine gerechte und zweckmäßige Durchführung der Abwicklung auch gegen den Willen der übrigen Beteiligten gesichert werden soll. Die betreffenden Normen begründen deshalb das private Recht eines Beteiligten auf sachgerechte Abwicklung durch Bestellung eines geeigneten bzw. Abberufung eines ungeeigneten Liquidators.

In gleichem Sinne haben die an einer Erbauseinandersetzung Beteiligten, wie auch sonst bei Gemeinschaftsverhältnissen, ein Recht auf eine ungestörte sachgerechte Abwicklung oder Verwaltung. Die Entlassung eines Testamentsvollstreckers aus wichtigem Grund, also gemäß § 2227 BGB, dient somit der Konkretisierung dieses Rechts.

Ähnlich sind auch die Ersetzungen der Zustimmung durch das Vormundschaftsgericht zu sehen [201]. Geschäfte, die im überwiegenden Interesse des Handelnden stehen bzw. erkennbar dem Interesse des Mitwirkungsberechtigten nicht widersprechen, sollen danach auch gegen den Willen des Mitwirkungsberechtigten vorgenommen werden können. Auf deren Vornahme hat der Handelnde also ein privates Recht, das er durch die Erwirkung der Ersetzung der Ermächtigung im Verfahren der fG zwangsweise durchzusetzen in der Lage ist.

Nach herrschender Meinung begründet § 1357 Abs. 1 BGB ein eigenes Recht der Ehefrau, das insbesondere dazu dient, ihrer Unterhaltspflicht nachzukommen [202]. Der zwangsweisen Abwehr einer ungerechtfertigten Beschränkung dieser Befugnis liegt schon daher ebenfalls ein subjektives Privatrecht zugrunde.

§ 1383 BGB dagegen schafft die Möglichkeit des Gläubigers seine Zugewinnausgleichsforderung von einer Geld-

---

200) Wie aufgrund der §§ 146 Abs.2, 147 S.2, 161 Abs.2 HGB; 265 Abs.3 AktG; 66 Abs.2 u. 3 GmbHG; 83 Abs.3 u. 4 S. 1 GenG

201) Wie aufgrund der §§ 113 Abs.3; 1365 Abs.2, 1369 Abs.2, 1426, 1430, 1452, 1727, 1747a Abs.3 BGB

202) So vor allem die Meinung des Familienrechtsunterausschusses des Bundestages zur Neufassung des § 1357 BGB, mitgeteilt von Schwarzhaupt, FamRZ 1957/33 (36)

in eine Sachforderung umzuwandeln [203], weil es im überwiegenden Gläubigerinteresse liegt. Da unter den Tatbestandsvoraussetzungen des § 1383 BGB dies aber nur der Gläubiger veranlassen kann, andererseits diese Macht aber ein Eingriff in die Rechtssphäre des Schuldners bedeutet, muß dieser Rechtsmacht ein privates Recht des Gläubigers zugrunde liegen. § 1383 BGB begründet deshalb bei Vorliegen seiner Voraussetzungen ein subjektives Privatrecht auf die Umgestaltung der Forderung.

Auch aus § 57 EheG steht dem Ehemann ein privates Recht auf Untersagung zu. Dieses ergibt sich einmal, im Anschluß an das bereits oben Ausgeführte [204], aus seiner Abgrenzung zu § 56 EheG. Im übrigen hat gemäß § 55 EheG auch die geschiedene Ehefrau ein subjektives Privatrecht auf Namensänderung. Auch deshalb besteht kein Anlaß, hier die Rechtstellung des geschiedenen Ehemannes geringer zu bewerten, zumal der Ordnungsfunktion des Familiennamens durch die strengen Voraussetzungen des § 57 EheG Rechnung getragen ist.

Wie bereits ausgeführt [205], ist auch die Entscheidung nach § 13 Abs. 1 GrdstVG eine Rechtsentscheidung. Dann umfaßt das Antragsrecht nach § 13 Abs. 1 GrdstVG aber nicht nur die verfahrensrechtliche Befugnis, das Zuteilungsverfahren in Gang zu bringen, sondern auch die materielle Rechtsmacht auf Herbeiführung einer Gestaltung. Liegen die Voraussetzungen des § 13 Abs. 1 GrdstVG also vor, so hat ein Miterbe ein subjektives Privatrecht auf Rechtsgestaltung gegen die übrigen Miterben.

Letztlich zeigt diese von typischen Ermächtigungsnormen und tatsächlich normierten subjektiven Privatrechten ausgehende Untersuchung sonstiger Streitsachen mit ausreichender Sicherheit, daß es in diesem Verfahrensbereich der fG um die Entscheidung über subjektive Privatrechte, hier folglich über private Gestaltungsrechte, geht. In der bisher gewählten Terminologie ist die materiell-rechtliche Grundlage der Privatrechtsgestaltung im Bereich der sonstigen Streitsachen ausschließlich ein privates Gestaltungsantragsrecht.

---

203) Vergl. S. 90/91
204) Vergl. S. 91/92
205) Vergl. S. 89/90

III. Zusammenfassender Vergleich der materiell-rechtlichen Grundlagen

Zusammenfassend haben sich also für die Privatrechtsgestaltung im Verfahren der fG folgende materiell-rechtliche Grundlagen ergeben: Materiell-rechtlich liegt der Privatrechtsgestaltung des gesamten nichtstreitigen Bereichs ausschließlich eine pflichtige öffentlich-rechtliche Befugnis des zuständigen fG-Organs zur Gestaltung zugrunde. Auf der Grundlage einer aus entsprechender öffentlich-rechtlicher Rechtsstellung sich ergebenden Befugnis (206) zur Vornahme von Auswahlermessen legt das fG-Organ dagegen in Regelungsstreitigkeiten lediglich den konkreten Inhalt von der Gestaltung ansich zugrunde liegendem privaten Gestaltungsantragsrecht fest. Dieses private Gestaltungsantragsrecht ist dann in sonstigen Streitsachen der fG so verdichtet, daß es allein die materiell-rechtliche Grundlage der konkreten, dort ergehenden Privatrechtsgestaltung ist.

Diese unterschiedliche materiell-rechtliche Ausstattung der Beteiligten in fG-Sachen spiegelt sich konsequenterweise auch in der verfahrensrechtlichen Ausgestaltung der fG-Sachen selber wieder. Dort wo der fG-Richter weitgehend selbst den Verfahrensablauf bestimmt, nämlich in den Nichtstreitsachen, ist es materiell auch seine Pflicht, eine Befugnis zur Gestaltung wahrzunehmen. Im übrigen aber, wo das Verfahren verfahrensrechtlich weitgehend den Einflüssen der Beteiligten unterliegt, hat auch materiell der fG-Richter deren subjektives Privatrecht durchzusetzen. Die Einhaltung dieser notwendigen Übereinstimmung von Verfahrensrecht und materiellem Recht im gegenwärtigen Bild der fG-Angelegenheiten spricht letztlich ebenfalls für die Richtigkeit der in diesem Kapitel vertretenen Auffassungen.

---

206) Vergl. S. 74, Fußn. 138

3. KAPITEL: Die Gestaltungswirkung der Privatrechtsgestaltung im Verfahren der fG

Waren bisher im wesentlichen die Grundlagen der Privatrechtsgestaltungsmöglichkeiten im Verfahren der fG Gegenstand der Untersuchung, so soll es im folgenden die Auswirkung dieser Gestaltung sein. Eine Problemstellung ist dabei die gestaltende Wirkung der privatrechtlichen fG-Entscheidungen selbst.

Im Anschluß an eine weitere, noch zu behandelnde Problemstellung, nämlich die ihrer Rechtskraftwirkung und im Anschluß an die für die Rechtskraftwirkung bereits ausgebildete Dogmatik, kann nun auch die rechtliche Tragweite der Gestaltungswirkung der fG-Entscheidungen negativ durch Festlegung ihrer Grenzen konkretisiert werden. Vorauszugehen hat dem aber eine begriffliche Abgrenzung des Untersuchungsgegenstandes selbst.

I. Begriffliche Abgrenzung der Gestaltungswirkung

1. Zur Tatbestandswirkung

Um Unklarheiten zu vermeiden, muß zunächst darauf hingewiesen werden, daß der Begriff der Tatbestandswirkung in der Literatur mit verschiedener Bedeutung gebraucht wird.
So wird in der neueren Literatur zunächst die Gestaltungswirkung als der wichtigste Fall der Tatbestandswirkung angesehen [1], andere bezeichnen den gestaltenden Gerichtsakt als Tatbestand oder Tatbestandsteil der den Eintritt der Rechtsänderung anordnenden Rechtsnorm [2], wieder andere sehen in der Bindung an ihn den Vollzug materiell-rechtlicher Normen [3].

Alle diese Differenzierungen gehen aber von dem auch dem vorausgehenden Kapitel zugrunde gelegten Gedanken aus, daß die gestaltende Gerichtsentscheidung kein auf der rechtsschöpferischen Macht des Richters beruhender Hoheitsakt ist [4], sondern nur deshalb erlassen werden kann, weil das Gesetz ihn

---

1) Blomeyer, aaO, § 83 III 2
2) z.B. Nicklisch, aaO, S. 137
3) z.B. Bötticher, F. zu 100 DJT., S. 511 ff (514 ff)
4) So aber Goldschmidt, AcP 117/1 ff (8)

vorsieht. Dieses Erfordernis der besonderen gesetzlichen Ermächtigung zum Erlaß von gerichtlichen Gestaltungsakten entspricht der Meinung der überwiegenden einschlägigen Literatur [5] und ergibt sich im Grundsatz aus dem verfassungsrechtlichen Prinzip der Bindung der Rechtssprechung an Gesetz und Recht. So tritt die Rechtsfolge also nicht allein deshalb ein, weil sie in der Entscheidung ausgesprochen ist, sondern weil ein Gesetz anordnet, daß sie aufgrund dieser Entscheidung eintreten soll. Der Minderjährige wird nicht deshalb volljährig, weil es im Beschluß des Vormundschaftsgerichts heißt: ..... wird für volljährig erklärt ....., sondern weil § 3 Abs. 2 BGB anordnet, daß er durch diesen Beschluß die Rechtsstellung eines Volljährigen erlangt. Die Forderung ist nicht deshalb herabgesetzt, weil der entsprechende Beschluß des Vertragshilferichters es vorsieht, sondern weil § 1 VHG diese Rechtsfolge an die Entscheidung knüpft.
Im Gegensatz zu den Leistungs- oder Feststellungsentscheidungen beruht diese Ermächtigung grundsätzlich sogar nicht auf einer weitgefaßten, sondern ist die Folge einer speziellen Norm, die gleichzeitig auch den Bereich der gestaltenden Gerichtsentscheidung eingrenzt. Wenn aber das Gericht die Rechtsgestaltung aus eigener Kraft herbeiführen könnte, müßte es auch beliebige Rechtsänderungen anordnen können. Dem stehen aber gerade diese begrenzenden Einzelvorschriften entgegen.

Erläßt also das Gericht einen gestaltenden Spruch, so schafft es die Rechtsänderung nicht aus sich heraus, sondern weil ein Gesetz sie anordnet. Dabei ist also die Existenz eines wirksamen Gerichtsaktes bestimmten Inhalts Tatbestandsmerkmal, an das ein spezielles Gesetz die gestaltende Rechtsfolge knüpft. Wird also Tatbestandswirkung in diesem Sinne verstanden, dann ist die Gestaltungswirkung der gerichtlichen Gestaltungsakte Tatbestandswirkung.

---

5) So vor allem: Rosenberg-Schwab,aaO, § 95 I 2; Lent-Jauering, ZPR § 34 III; Baumbach-Lauterbach,aaO, Grundz. 2 C vor § 253; Stein-Jonas-Schönke-Pohle,aaO, II 3 vor § 253; Schlosser,aaO, S. 22

Vor allem aber im Verwaltungsrecht wird im Anschluß an Kormann [6] der Begriff der Tatbestandswirkung und als Folge auch der Begriff der Gestaltungswirkung umfassender gesehen [7]. Für den Bereich der fG knüpft Baur [8] daran an. Danach ist nämlich von Tatbestands- und Gestaltungswirkung der Gerichtsakt auch in den Fällen die Rede, wo der Gerichtsakt Tatbestandsmerkmal einer Rechtsnorm ist, die eine über den Entscheidungsinhalt hinausgehende Rechtsfolge trifft [9]. Das hat aber mit der Gestaltungswirkung der gerichtlichen Entscheidungen nichts mehr zu tun. Falls hier eine gestaltende Wirkung eintritt, dann ist das keine Entscheidungswirkung sondern, bloß sekundär, nicht begriffsnotwendiger Erfolg des Gerichtsaktes [10]. Das ergibt sich schon daraus, daß vor allem Leistungs- [11] und Feststellungsentscheidungen [12] die gestaltende Rechtsfolge auslösen. Entscheidend ist aber, daß diese Tatbestandswirkungen in weiterem Sinne nicht Inhalt der Entscheidung sind.

So wie nämlich der Entscheidungsinhalt das Klassifizierungskriterium der Gerichtsakte in leistende, feststellende oder gestaltende Entscheidungen ist, kann auch nur er die unmittelbaren Entscheidungswirkungen bestimmen [13]. Um aber einen Gerichtsakt als gestaltend bezeichnen zu können, muß sich die Rechtsänderung unmittelbar und bestimmungsgemäß aus dem Inhalt, das heißt aus der im Tenor ausgesprochenen Rechtsfolge [14] ergeben. Gestaltungswirkung kann also nur Inhaltswirkung sein. Dagegen ist Tatbestandswirkung in diesem weiteren Sinne eine "rein äußerliche, dem begriffsnotwendigen Ziel des Verfahrens nicht unbedingt entsprechende, von der Rechtsordnung an das tatsächliche Vorhandensein eines Gerichtsaktes gehängte mittelbare Folge " [15]. Sie hat also außer Betracht zu bleiben,

---

6) Kormann, AöR 3o/253 ff
7) Forsthoff, aaO, S. 1o1
8) Baur, § 2 A IV 1
9) Wie in den Fällen der §§ 218, 283, 1674 BGB; 6 EheG
1o) Ebenso Kuttner,aaO, S. 4; Nicklisch,aaO, S. 42 u. 11o; Jansen, § 12 Anm. 21; Rosenberg-Schwab,aaO, § 15o, 4 u. 5
11) So bei den §§ 218, 283 BGB
12) So bei den §§ 218, 1674 BGB; 6 EheG
13) Ebenso: Schlosser,aaO, S. 2o; Nicklisch,aaO, S. 41
14) Vergl. Schlosser,aaO, S. 2o
15) So wörtlich Kuttner,aaO, S. 4

wo es um die begriffsnotwendigen Merkmale der Entscheidungen selbst geht. Richtiger wird deshalb diese Form der Tatbestandswirkung auch meist als Nebenwirkung im Gegensatz zur Inhaltswirkung kategorisiert [16].
Die Gestaltungswirkung der fG-Entscheidungen ist somit Tatbestandswirkung, soweit letztere sich ausschließlich auf den Inhalt der Entscheidung beschränkt.

2. Zur Rechtskraftwirkung

Keine Nebenwirkung im oben genannten Sinne ist auch die Rechtskraftwirkung. Im Gegenteil ist sie, wo sie eintritt, eine unmittelbare mit der Entscheidung bezweckte Wirkung. Deshalb kann hier auch zunächst die Tatsache, daß sie im Bereich der fG nur einen beschränkten Funktionskreis hat, außer acht bleiben. In diesem Zusammenhang ist es allein entscheidend, aber auch ausreichend, daß gestaltende fG-Entscheidungen überhaupt materiell rechtskräftig werden.
Die Übereinstimmung von Gestaltungswirkung und Rechtskraftwirkung dahin, daß beide Rechtsinstitute eine durch den Entscheidungsinhalt bestimmte und normativ bezweckte Bindung an eine Rechtslage erzeugen, hat nun vielfach dazu geführt, daß zwischen beiden Rechtsinstituten nicht ausreichend differenziert wurde [17]. Aber abgesehen davon, daß heute bezüglich der Grenzen ihrer Wirkung Abweichungen gesehen werden [18], hat auch ein genauer Institutsvergleich bedeutsame Unterschiede sichtbar werden lassen.
Schon oben [19] wurde mit der herrschenden Meinung davon ausgegangen, daß die Bindung an den gerichtlichen Gestaltungsakt nichts anderes ist, als Gehorsam gegenüber einem zugrunde liegenden materiellen Rechtssatz. Die Gestaltungswirkung selbst ist also der Ausfluß einer materiellen Norm, damit aber ein materiell-rechtliches Institut [20]. Dagegen liegen insbesondere nach der heute überwiegend vertretenen prozessualen

16) So im Anschluß an Kuttner,aaO, S. 4 heute vor allem Schlosser,aaO, S. 22 u. Nicklisch,aaO, S. 41
17) So im Anschluß an Stein,aaO, S. 93 ff u. Goldschmidt,AcP 117/1 (18) heute vor allem Blomeyer,aaO, § 94 II
18) Insbesondere bezüglich ihrer subjektiven Grenzen
19) Vergl. S. 4 ff, 43 ff u. S. 96/97

Rechtskrafttheorie sowohl Rechtsgrundlagen als auch Wirkung der materiellen Rechtskraft ausschließlich im verfahrens - rechtlichen Bereich. Falls Rechtskraftwirkung eintritt, geschieht das aufgrund verfahrensrechtlicher Normen. Soweit sie eintritt, verhindert sie ein neues Verfahren über denselben Gegenstand, wirkt also im verfahrensrechtlichen Bereich. So wie die Gestaltungswirkung in Grundlage und Auswirkung materiell-rechtlich ist, handelt es sich bei der Rechtskraftwirkung um ein verfahrensrechtliches Institut.
Dem setzt Nicklisch (21) jedoch den Einwand entgegen, daß dieser eindeutigen Rückführung der Gestaltungswirkung auf das materielle Recht deshalb nicht zugestimmt werden könne, weil vor allem im Zivilprozeßrecht eine Reihe von rechtsgestaltenden Akten nur die prozessuale Rechtslage veränderten. Er bezieht sich dabei insbesonders auf die zivilprozessualen Gestaltungsklagen der §§ 767, 771 ZPO. Gerade aber für diese Regelungen wird andererseits immer wieder darauf hingewiesen, daß sie zugunsten des Berechtigten auch die materielle Rechtslage der Betroffenen gestalten (22). Dann besteht aber zumindest für das Zivilverfahrensrecht, damit also auch für den Bereich der fG, kein Anlaß von der oben vertretenen institutionellen Differenzierung von Gestaltungs- und Rechtskraftwirkung im Grundsatz abzugehen.
Andererseits weist Nicklisch (23) aber auch auf einen weiteren entscheidenden Unterschied dieser Gerichtsaktwirkungen hin, der ebenfalls seine Ursache in der differierenden rechtlichen Struktur dieser Institute findet. So führt er aus, daß die Bindung an gestaltende Akte ganz anderer Art sei, als die durch die materielle Rechtskraft bewirkte (24). Das Wesen der materiellen Rechtskraft bestehe nämlich in der Bindung des

---

2o) So schon Kuttner, aaO, S. 26; so heute vor allem: Bötticher, F. z. 1oo DJT., S. 511 (514 ff u. 519 ff); Niese, S. 34 ff u. 124 ff; Kuschmann,aaO, S. 73
21) Nicklisch,aaO, S. 15o, 151
22) Bötticher, FamRZ 1957/4o9 (411); Schlosser,aaO, S. 1o2; Blomeyer,aaO, S. 3 Anm. 1
23) Nicklisch,aaO, S. 155 - 158
24) Nicklisch,aaO, S. 157, 158

Richters an einen Erkenntnisakt, also in einer Beschränkung der richterlichen Erkenntnisfreiheit. Das Wesen jeder gestaltenden Wirkung bestehe dagegen in der Veränderung der materiellen [25] Rechtslage, wobei sich die Bindung an den wirksamen gestaltenden Akt als notwendige Nebenerscheinung darstelle; von einer Beschränkung der richterlichen Erkenntnisfreiheit könne hier nicht die Rede sein. Bindung aufgrund von Rechtskraftwirkung und Bindung aufgrund von Gestaltungswirkung seien danach zwei völlig verschiedene Vorgänge [26].

Dem ist insbesondere deshalb zuzustimmen, weil in der Tat durch den Gestaltungsakt, anders als durch die materielle Rechtskraft, ein neuer oder abweichender Erkenntnisakt nicht verhindert wird. Vielmehr hat der Richter im entsprechenden Verfahren erneut den Sachverhalt zu erforschen und alle einschlägigen verfahrensrechtlichen und materiell-rechtlichen Normen anzuwenden. Knüpft eine dieser Vorschriften an einen wirksamen gestaltenden Gerichtsakt an, so hat er zwar die dort ausgesprochenen Rechtsfolgen ohne Prüfung ihrer Rechtsmäßigkeit zu übernehmen. Das ist aber keine Besonderheit, denn diese Rechtsfolgen beruhen auf konkreten Normen und sie hat der Richter infolge seiner Bindung an Recht und Gesetz grundsätzlich anzuwenden.
Ebenfalls in diesen Rahmen paßt die Bemerkung Schlossers [27], der die Gestaltungsakte dahingehend abgrenzt, daß sie die einzige Möglichkeit bilden, eine bestimmte Rechtsfolge zur Geltung zu bringen. Dagegen schließe die Rechtskraftwirkung nicht aus, daß man sich auch nicht vorher schon mit Erfolg auf die nun bindende Rechtslage berufen könne. Was so also die Gestaltungswirkung vor der Rechtskraftwirkung auszeichne, sei die nur durch sie zu realisierende Veränderung der Rechtslage.

Im Ergebnis ist deshalb festzuhalten, daß Gestaltungs- und Rechtskraftwirkung beides Inhaltswirkungen von gestaltenden fG-Entscheidungen sind, daß sie aber in Grundlagen und Auswirkungen weitgehend voneinander differieren.

---

25) Und somit nach Nicklisch, aaO, S. 15o, 151 auch prozessualen Rechtslage
26) Nicklisch, aaO, S. 158
27) Schlosser, aaO, S. 25, 26

II. Die Grenzen der Gestaltungswirkung

Genau wie im Zivilprozeßrecht wird meist auch im Verfahrensrecht der fG die Frage nach den Grenzen der Gestaltungswirkung unter dem Blickwinkel der generellen Bindung an die gerichtlichen Gestaltungsakte gesehen (28). Daß aber gerade die generelle Fragestellung nach der Bindungswirkung nicht ohne weiteres beantwortbar ist und deshalb die Bindung als bloßes Widerspruchsverbot in seiner Allgemeinheit über den Umfang der Gestaltungswirkung wenig aussagt, hat Nicklisch (29) bereits im einzelnen dargestellt (3o). Ob nämlich die in einem Rechtsgebiet herbeigeführte Gestaltung auch diejenigen bindet, die in einem anderen Rechtsgebiet in der Lage sind tätig zu werden, läßt sich allgemein garnicht sagen. Ob also die Vormundbestellung im Sinne der §§ 1773, 1896 BGB gemäß §§ 181 Abs. 1 S. 2 oder 235 Abs. 1 StGB auch den Strafrichter bindet, kann nur eine sorgfältige Analyse der Strafrechtsnormen ergeben. Generell läßt sich deshalb überhaupt nicht bestimmen, welche Gestaltungsakte wen binden. Ein derartiges Abhängigkeitsverhältnis liegt vielmehr immer nur dann vor, wenn die Normen, die für das vom Richter zu beurteilende Rechtsverhältnis maßgeblich sind, nach eingehender Prüfung genau an das durch den gestaltenden Akt veränderte Rechtsverhältnis oder Recht anknüpfen (31). Allgemeine Maßstäbe für die rechtliche Tragweite der Gestaltungswirkung zu setzen, ist die Bindungswirkung also nicht in der Lage. Trotz der aufgezeigten Unterschiede der Rechtsinstitute an sich erscheint es deshalb sinnvoller, den Umfang der Gestaltungswirkung in Anlehnung an die für die Rechtskraftwirkung entwickelte Methodik in seinen objektiven, subjektiven und zeitlichen Grenzen zu sehen, zumal ja auch beide unmittelbare Entscheidungswirkungen sind.

---

28) Vergl. dazu Bärmann, § 23; Habscheid, § 29; Baur, § 2 B VI 1; Pikart-Henn,aaO, S. 1o5,1o6; Keidel,aaO, § 1 Anm. 11 ff; Jansen, § 12 Anm. 19
29) Nicklisch,aaO, S. 145 ff
3o) Ebenso für das Zivilprozeßrecht, Schlosser,aaO, S. 158
31) Ebenso sinngemäß: Nicklisch,aaO, S. 147

In der so zu erörternden Problematik zeigt sich die Bindung an die gerichtlichen Gestaltungsakte der fG im übrigen als Folgeproblem. Was nämlich gegen wen wie lange wirkt, bindet ihn auch.

1. Objektive Grenzen

Die Frage nach den objektiven Grenzen der Gestaltungswirkung ist die Frage nach dem Gegenstand der Gestaltung. Wie bereits dargelegt [32], ist die Gestaltungswirkung Inhaltswirkung. Inhalt einer Entscheidung ist aber die im Entscheidungstenor ausgesprochene Rechtsfolge. So wird der Gegenstand der Gestaltung also zunächst festgelegt durch die im Tenor ausgesprochene Rechtsfolge.

Wie Schlosser [33] zu Recht bemängelt, sieht die Lehre und Rechtsprechung die objektiven Grenzen des Entscheidungsinhalts im übrigen so gut wie ausschließlich unter dem Blickwinkel der Rechtskraftwirkung. Das wirft aber auch in diesem Zusammenhang die Frage auf, inwieweit das Problem der Identität von Verfahrensgegenstand und Entscheidungsgegenstand auch den Gegenstand der Gestaltungswirkung betrifft. Ohne hier im einzelnen auf die Frage der Bestimmung des Verfahrensgegenstandes für den Bereich der fG eingehen zu müssen, ist aber zu sagen, daß diese Problematik die objektiven Grenzen der Gestaltungswirkung nicht berührt. Was die Identität des eingeschlagenen Verfahrens mit dem Verfahrensgegenstand betreffen würde, so ist eine Gestaltung ja überhaupt nur in einem Verfahren mit einem Gestaltungsziel möglich. Und was die Identität der Rechtsfolge mit dem Verfahrensgegenstand angehen würde, so wird durch die Entscheidung die Rechtslage umgestaltet, ob es von den Beteiligten gewollt war oder nicht [34].

---

32) Vergl. S. 98/99
33) Schlosser, aaO, S. 159
34) Wenn in den Streitsachen der fehlende Wille des Berechtigten den Akt auch fehlerhaft macht. Vergl. BGHZ 34/337 (339). Anderer Auffassung dagegen Schönke-Kuchinke, aaO, § 75 III 1 c

Abgesehen davon bestimmt sich hier die Tragweite der zuerkannten Rechtsfolge auch anders, als bei der materiellen Rechtskraft, aus der der Gestaltung zugrunde liegenden materiellen Norm (35). Dann sind aber die gegenständlichen Grenzen der Gestaltungswirkung aus dem Entscheidungsinhalt in Verbindung mit dem zugrunde liegenden materiellen Recht hinreichend erkennbar festgelegt (36). Demzufolge ergeben sich die gegenständlichen Grenzen der Gestaltungswirkung von fG-Entscheidungen aus dem Entscheidungstenor, gegebenenfalls durch dessen Auslegung, und der ihm zugrunde liegenden materiellen Norm.

2. Subjektive Grenzen

a) Grundsatz der absoluten Wirkung

Auch für den Bereich der fG gilt, daß die Wirkung der gestaltenden fG-Entscheidungen grundsätzlich, anders als normalerweise die der materiellen Rechtskraft, nicht auf die Beteiligten des Verfahrens beschränkt bleibt, sondern "absolut", das heißt für und gegen alle eintritt (37). Nach dem bisher Ausgeführten ist der Grund dafür darin zu finden, daß die Gestaltungswirkung generell deshalb eintritt, weil eine Norm die Gestaltung vorsieht. Die so von den Gestaltungsakten im Bereich der fG ausgehende materiell-rechtliche Wirkung liegt also auf gleicher Ebene mit allen denjenigen materiell-rechtlichen Wirkungen, die sich an die Verwirklichung eines gesetzlichen Tatbestandes knüpfen. Dazu gehört aber subjektiv, daß jedermann diese Verwirklichung anerkennen und somit auch den Eintritt der Rechtsfolge, also der Rechtsänderung infolge seiner Bindung an alle Normen gegen sich gelten lassen muß. Einzige Voraussetzung dafür ist lediglich, daß der normative Tatbestand erfüllt ist, mit anderen Worten, daß der Gestaltungsakt Wirkung entfaltet, also nicht unwirksam ist.

---

35) Vergl. S. 97
36) Ebenso Schlosser, aaO, S. 16o
37) Siehe dazu im übrigen Baur, § 2 B 3 a, aa; Habscheid, § 29 I 2 u. II 1; Bärmann, § 22 II 2 a u. § 23, 2; Keidel, aaO, § 1 Anm. 11 u. § 16 Anm. 18; Jansen, § 16 Anm. 22; RGZ 81/2o6 (211 ff); BGHZ 24/27

Trotz dieser allgemein herrschenden und auch praktikablen Auffassung von den subjektiven Grenzen der Gestaltunswirkung treten doch einige Autoren entweder für die grundsätzliche Relativität der Gestaltunswirkung in bestimmten Fällen oder doch für ihre Relativierbarkeit ein. Ob dem zumindest für den Bereich der fG zu folgen ist, soll die folgende Untersuchung ergeben.

b) Relativierbarkeit dieser Entscheidungswirkung

Für den Bereich der fG vertritt Habscheid (38) im Hausrats - verteilungsverfahren eine inter partes-Wirkung für die Eigentumszuweisung; denn es könne wohl kaum angehen, daß durch die Hausratsentscheidung unter Umständen einem Dritten Eigentum entzogen werden könne. Wenn Habscheids Relativierungsabsichten auch nicht der Auffassung der herrschenden Meinung entsprechen (39), so zeigen sie dennoch, daß der zivilverfahrens - rechtlichen Literatur die Vorstellung einer Relativierung der Gestaltungswirkung nicht schlechthin fremd ist. Würde außerdem die Rechtsordnung im Rahmen der fG eine Entscheidung vorsehen, die eine gestaltende Rechtsfolge mit Wirkung nur für die Beteiligten auslöste, so hielte sich dieser gerichtliche Gestaltungsakt mit relativer Wirkung durchaus im Rahmen des rechtlichen Möglichen und Zulässigen.
Dieser Zwang zur Hypothese beweist aber andererseits auch den Ausnahmecharakter einer derartigen Regelung. Eine abweichende Meinung dazu vertritt augenscheinlich nur Goldschmidt (4o) für den Bereich des Zivilprozesses.

aa) Meinung Goldschmidts

Ausgehend von dem Gedanken, private und hoheitliche Gestal - tungsakte seien hinsichtlich ihrer Wirksamkeit gleich zu behandeln, kommt Goldschmidt zu dem Ergebnis, daß die Wirksamkeit hoheitlicher Gestaltungsakte ebenso wie die privater von

---

38) Habscheid, FamRZ 1964/6o (65 Anm. 62)
39) Danach ist ein Hausratsverteilungsbeschluß, der Eigentum am Gegenstand eines Dritten zuweist, ohne jegliche Wirkung. Vergl.: Hoffmann-Stephan,aaO, § 8 Anm.1; Kuhnt, AcP 15o/13o (151 ff); RGRK-Scheffler, § 8 Anm. 6; Erman-Ronke, § 8 Anm. 6; OLG München Bay JMBl 1951/112
4o) Goldschmidt, AcP 117/1 ff

ihrer Rechtmäßigkeit abhingen [41]. Seiner Meinung nach tritt die Gestaltungswirkung eines Gerichtsaktes, genau wie bei einem privaten Gestaltungsakt, grundsätzlich nur dann ein, wenn ihm ein Gestaltungsrecht, im Falle eines Gestaltungsurteils also ein Gestaltungsklagerecht zugrunde liegt. Allerdings berücksichtigt er, daß Gerichtsakte, auch wenn sie fehlerhaft sind, grundsätzlich nach Ablauf der Rechtsmittelfrist nicht mehr angefochten werden können. Er argumentiert deshalb folgendermaßen: "Wenn auch hoheitliche und private Gestaltungsakte grundsätzlich in ihrer Rechtswirksamkeit von ihrer Rechtsmäßigkeit abhängen, so hat der hoheitliche Akt dem privaten doch etwas sehr wesentliches voraus. Soweit er nämlich gleichzeitig materieller Rechtskraft fähig ist, wird seine Rechtmäßigkeit durch die materielle Rechtskraft innerhalb ihrer Grenzen gedeckt und damit ist auch seine Wirksamkeit im Umfang der Rechtskraft sichergestellt [42]". Goldschmidt beschränkt so also die Gestaltungswirkung von materiell-rechtlich fehlerhaften zivilprozessualen Entscheidungen auf den Umfang ihrer materiellen Rechtskraft, relativiert sie somit.

Absehen einmal davon, ob dieser Auffassung zu folgen ist, enthielte sie für die gestaltenden fG-Entscheidungen zwar weitreichende, aber keine die Gestaltungswirkung relativierende Konsequenzen. Da die fG-Entscheidungen nur in bestimmten Fällen der materiellen Rechtskraft bedürfen und sie deshalb auch nur von Fall zu Fall Rechtskraftwirkung äußern [43], wäre eine Reihe von materiell-rechtlich fehlerhaften Gestaltungsentscheidungen, nämlich die die nicht materiell rechtskräftig werden, gegebenenfalls überhaupt ohne jede gestaltende Wirkung. Daran ändert sich auch nichts dadurch, daß Goldschmidt für die Ehescheidungs- und Statusverfahren eine Ausnahme von der relativierten Wirkung deshalb zuläßt, weil diese Verfahren dem Untersuchungsgrundsatz unterliegen. Die Untersuchungsmaxime ist ihm nämlich ausschließlich Grundlage zur Annahme einer materiellen Rechtskraft mit Wirkung ultra partes [44], die ihrer-

41) Goldschmidt, AcP 117/1 ff (16ff)
42) Goldschmidt, AcP 117/1 ff (18,19)
43) Bärmann, § 22 I 2 u. 3
44) Goldschmidt, AcP 117/1 ff (23)

seits erst eine absolute Gestaltungswirkung nach sich ziehe. Für die einschlägigen fG-Sachen reichte es deshalb nicht, daß sie auch dem Untersuchungsgrundsatz unterliegen. Ihre Gestaltungsakte müßten außerdem noch in materieller Rechtskraft erwachsen, um in Übereinstimmung mit Goldschmidt ebenfalls eine absolute Gestaltungswirkung äußern zu können. Im Ergebnis hätten deshalb nach Goldschmidt die Gestaltungsakte der fG, die ohne oder entgegen zugrunde liegendem materiellen Recht ergangen sind, entweder absolute oder gar keine Gestaltungswirkung.

Ausgangspunkt dieser Argumentation ist aber, daß nicht rechtmäßige zivilprozessuale Gestaltungsakte generell unwirksam sind, wenn sie nicht materieller Rechtskraft fähig sind. Die Fragestellung betrifft also dem Grunde nach die Erörterung von Nichtigkeitsgründen der zivilprozessualen Gestaltungsentscheidungen. Auf den Bereich der fG bezogen, ergibt sich die Erörterung dieser Problematik aber in kaum abgewandeltem Maße. Ebenfalls unterworfen den Grundsätzen über fehlerhafte Urteile [45] und nicht allgemein den über fehlerhafte Staatsakte [46], besteht die besondere Aufgabe auch der gestaltenden fG-Entscheidungen unter anderem in der Klarstellung der geregelten Rechtslage [47]. Angesichts der Vielzahl der der fG zugewiesenen Rechtsmaterien entstünde aber eine unerträgliche Rechtsunsicherheit, wenn die meist erst nach eingehender rechtlicher Prüfung mögliche Feststellung des Vorliegens der materiell-rechtlichen Gestaltungsgrundlagen und damit der Wirksamkeit des Aktes im Ergebnis dem Einzelnen überlassen bliebe. So würde letztlich wieder das zugelassen, was der Gesetzgeber durch Zwischenschaltung der fG-Organe gerade vermeiden wollte. Ihre Unabhängigkeit und die Bindung an ein bestimmtes Verfahren sollten vielmehr grundsätzlich ein besonderes Vertrauen in die Richtigkeit der ergangenen Gestaltungsakte erzeugen und das sowohl für die streitigen, als auch für die nichtstreitigen Sachen der fG.

Ein dringendes Bedürfnis nach Rechtssicherheit, Rechtsklarheit und Vertrauensschutz gebieten es deshalb, daß auch ma -

---

45) Im Anschluß an Habscheid, NJW 1966/1787 ff
46) So Jansen, NJW 1966/331 ff (332, 333)
47) Vergl. dazu auch S. 16/17

teriell-rechtlich fehlerhafte Gestaltungsakte im Bereich der fG in der Regel ihre im Gesetz vorgesehene Wirkung aus - üben [48]. Demzufolge ist also auch in fG-Sachen der Mangel in der materiell-rechtlichen Gestaltungsgrundlage grundsätz - lich kein Nichtigkeitsgrund für die gestaltende Entscheidung. Schon in ihrem Ausgangspunkt ist deshalb die Auffassung Goldschmidts nicht auf die gestaltenden fG-Akte übertragbar.

bb) Meinung Nicklischs

Unter anderen Blickwinkeln sieht dagegen Nicklisch die sub - jektiven Grenzen der Gestaltungswirkung [49]. Ausgehend von BGB-Vorschriften, die sich mit der Wirkung von Gestaltungs- akten befassen, unterscheidet er zwischen Wirkung der Gestaltungsakte und Anerkennenmüssen der Gestaltung. So enthielten etwa die Formulierungen der §§ 135 Abs. 1 und 883 Abs. 2 BGB einerseits und die der §§ 68 BGB und 15 HGB andererseits nicht nur einen Unterschied in der Ausdrucksweise, sondern ebenso einen in der Sache. Während die §§ 135 Abs. 1 und 883 Abs. 2 BGB nämlich eine Aussage über die Wirkung bzw. Nicht - wirkung eines Rechtsänderungsaktes machten, ginge es in den §§ 68 BGB und 15 HGB nur um das Anerkennenmüssen der vollzogenen Gestaltung [5o]. Da daneben die Gestaltungswirkung die Privatakte genauso beträfe wie die Staatsakte, müsse dies als Hinweis auch für die Staatsakte dienen [51].
Bejaht man diese Differenzierung von eigentlicher Wirkung des Gestaltungsaktes und Anerkennenmüssen der Gestaltung, dann ist die Bejahung einer relativen Gestaltungs"wirkung" nur noch ein folgerichtiger Schritt. Soweit dann nämlich Rechtsverhältnisse geändert werden, die nur zwischen den Beteiligten be - stehen, also soweit relative Rechtsverhältnisse gestaltet werden, äußert sich die so eingegrenzte Wirkung des Gestal -

---

48) Ebenso: Nicklisch,aaO, S. 54/55; Bärmann, § 24 III u. IV 3; entsprechend für fehlerhafte Verwaltungsakte Wolff, § 5o I a, der die Wirkungskraft fehlerhafter Verwaltungsakte in der Autorität des Trägers hoheitlicher Gewalt sieht.
49) Nicklisch,aaO, S. 86 ff
5o) Nicklisch,aaO, S. 88
51) Nicklisch,aaO, S. 87

tungsaktes auch nur relativ (52,53). Nur soweit absolute Rechte gestaltet werden, wie etwa die Eigentumszuweisung im Hausratsverteilungsverfahren oder auch die Volljährigkeits - erklärung, wird unmittelbar in den Rechtskreis aller einge - griffen. Als allgemeinen Grundsatz stellt Nicklisch deshalb auch fest, daß die Wirkung eines Gestaltungsaktes soweit reiche, wie das gestaltete Recht oder Rechtsverhältnis (54).

Im Anschluß daran führt er dann aber aus, daß die relative Wirkung, anders als die absolute Wirkung, noch nichts über das Anerkennenmüssen der so vorgenommenen Gestaltung aussage (55). Im Gegenteil stellt er später sogar fest, daß auch die Gestaltung relativer Rechtsverhältnisse durch Gerichtsakt allgemein anzuerkennen sei (56). Das folgt daraus, daß der mit der gleichen Sache befaßte Richter nicht leugnen könne, daß ein wirksamer gestaltender Staatsakt er - lassen sei, und daraus, daß dieser Staatsakt Tatbestand einer Norm sei, die die Rechtsänderung anordne. So sei das Anerken- nenmüssen letztlich eine Folge der Bindung der Gerichte an Gesetz und Recht (57).

Logisch ist es sicherlich nicht falsch, in diesen Fällen zwi- schen Wirkung des Gestaltungsaktes und Anerkennenmüssen der Gestaltung zu unterscheiden. Fraglich erscheint nur, ob diese Trennung dazu beiträgt, die subjektiven Grenzen der Auswir - kungen der Gestaltung besser zu erkennen. Einheitlich geht es bei der Feststellung dieser Grenzen nämlich um die Frage, ob nicht nur der Beteiligte, sondern auch Dritte von der Gestal- tung betroffen sind. Da letztere sie aber auch nach Nicklisch

---

52) So deshalb auch Nicklisch, aaO, S. 89
53) Die Stundung oder Herabsetzung der Forderung im Vertrags- hilfeverfahren äußert "Wirkung" dann nur in Bezug auf die Vertragsparteien. Die Änderung bzw. Begründung eines Miet- vertrages im Hausratsverteilungsverfahren "wirkt" dann ausschließlich im Hinblick auf die Mietvertragsparteien.
54) Nicklisch, aaO, S. 9o
55) Nicklisch, aaO, S. 99
56) Nicklisch, aaO, S. 129 ff
57) Nicklisch, aaO, S. 141

anerkennen müssen, soweit sie für ihre Rechtsverhältnisse von präjudizieller Bedeutung ist, besteht also in der Sache kein Unterschied zur herrschenden Lehre. Die Formulierung, die Gestaltung wirke "inter omnes" soll nämlich nichts anderes ausdrücken (58). Im übrigen geht auch Nicklisch von dieser Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre aus (59).
Aus diesem Grunde und mit dem Hinweis darauf, daß Gestaltungswirkung auch das Anerkennenmüssen im o.g. Sinne umfaßt, kann also die Ausgangsthese über die subjektiven Grenzen der Gestaltungswirkung von fG-Entscheidungen beibehalten werden. Der fG-Gestaltungsakt wirkt also absolut.

cc) Schlossers Meinung

Einen weiter in die Sache vordringenden Gesichtspunkt berücksichtigt dagegen Schlosser. Er geht davon aus, daß die derart weitreichende subjektive Wirkung der gestaltenden Gerichtsakte unter Umständen in erheblichem Umfang zu Eingriffen in Rechte Dritter führen könne, ohne daß diese Gelegenheit hätten, ihre Rechte in ausreichendem Umfang vor Gericht zu verteidigen(6o). Die Frage Schlossers geht also dahin, ob der Anspruch auf ein rechtliches Gehör, falls es nicht genügend gewährleistet ist, die subjektiven Grenzen der Gestaltungswirkung beeinflussen, das heißt insbesondere diese Wirkung relativieren kann. Obwohl er am Ende, in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung, zu dem Ergebnis kommt, daß bei allen gestaltenden Gerichtsakten eine einschränkende Interpretation der Grundsätze über die subjektive Tragweite der Gestaltungswirkung wegen eines Mangels im rechtlichen Gehör nicht notwendig ist (61), ist diese Problemstellung doch speziell für die Gestaltung im Verfahren der fG aufschlußreich, sodaß im folgenden kurz dazu Stellung genommen werden soll.

---

58) So vor allem Schlosser, aaO, S. 162, 163; vergleiche auch S. 1o4 oben
59) Nicklisch, aaO, S. 1o1
6o) Schlosser, aaO, S. 163
61) Schlosser, aaO, S. 219 ff, 23o, 231

(1) Zwar enthält das FGG keine allgemeine Vorschrift, die zu einer Anhörung der Beteiligten verpflichtet, denn diese Pflicht geht über die Ermittlungspflicht des § 12 FGG hinaus [62]. Jedoch wird ein subjektives Recht auf Gehör auch für den gesamten Bereich der fG ganz herrschend anerkannt. Genau wie sonst im Verfahrensrecht ergibt es sich letztlich aus Art. 1o3 Abs. 1 GG [63]. Träger dieses subjektiven Rechts ist gemäß Art. 1o3 Abs. 1 GG "jedermann". Auf das Verfahren der fG angewendet, bedeutet das, daß dazu zunächst alle diejenigen zählen, deren Rechte und Pflichten durch die Regelung der Angelegenheiten unmittelbar betroffen werden können [64]. Außerdem sind aber auch alle die anspruchsberechtigt, die zu Recht oder irrtümlich Verfahrensbeteiligte werden [65]; denn es muß jeder, der im fG-Verfahren einen Antrag stellt oder sonst in das Verfahren hineinbezogen wird, das Recht haben, eben zur Klärung dieser Beteiligtenstellung gehört zu werden [66].
Mit Schlosser [67] kommen dann aber in diesem Zusammenhang zwei mögliche Verletzungshandlungen des Rechts auf Gehör für eine Relativierung der Gestaltungswirkung in Frage: einmal die verfahrensfehlerhafte Nichtanhörung und zum anderen die aus Gründen praktischer Unmöglichkeit unterbliebene Anhörung.

(2) Was die verfahrensfehlerhafte Nichtbeteiligung von Anhörungsberechtigten betrifft, so geht man im Rahmen der fG, falls man sie überhaupt mit der Gestaltungswirkung in Zusammenhang bringt, ganz einhellig davon aus, daß sie die Absolutheit ihrer subjektiven Grenzen nicht berührt. Zunächst gibt es zwar auch in diesem Verfahren Fälle von Verfahrensmängeln, die die Wirkung des ergehenden Gestaltungsaktes be -

---

62) So gegen BGHZ in NJW 1953/1587 heute OLG Stuttgart NJW 1963/1161; OLG Köln JMBl NRW 1961/82; OLG Hamm MDR 1956/687; BayOLGZ 1956/114 (116); 1963/335 (338); BGHZ 35/1 (8); BVerfGE 19/49 (51)
63) Bärmann, § 17 III; Baur, § 19 III u. AcP 153/393 ff; Habscheid, § 2o I 2 u. II; Pikart-Henn, aaO, S. 78; Keidel, aaO, § 12 Anm. 7o ff; Jansen, § 12 Anm. 85 ff; anderer Auffassung Schlegelberger, § 12 Anm. 19
64) Also alle "materiell Beteiligten"
65) Also alle "verfahrensrechtlich oder formell Beteiligten"
66) So auch Bärmann, § 17 III 4
67) Vergl. Schlosser, aaO, S. 219

einflussen [68]. Das fehlerhafte Versagen des rechtlichen Gehörs fällt aber einhellig nicht darunter [69]. Vielmehr berührt dieser Mangel ausschließlich die Rechtmäßigkeit des Aktes, eröffnet also die gewöhnlichen Rechtsmittel bzw. läßt, soweit der Instanzenweg erschöpft oder nur eine Instanz vorgesehen ist, eine Verfassungsbeschwerde in Betracht kommen [70].

Die Richtigkeit dieser Auffassung ergibt sich vor allem aus der Ausgestaltung speziell des fG-Verfahrens. In kaum einem Gerichtsverfahren ist es nämlich möglich, so unkonventionell Dritte zum Verfahren hinzuzuziehen, wie gerade im Verfahren der fG. Infolgedessen ist es im fG-Verfahren auch besonders leicht, den hier in Frage stehenden Verfahrensmangel wieder zu beheben. Mit Recht bemerkt Schlosser [71] deshalb, daß jeder materiell Beteiligte gewissermaßen schon von Hause aus latent auch formell beteiligt ist. Zu einer im ordentlichen Rechtsmittelverfahren irreparablen Verkürzung des rechtlichen Gehörs kann es daher mit Schlosser nur kommen, wenn eine letztinstanzliche Entscheidung ohne Beteiligung des Dritten ergangen ist. Zwar ist ihm nicht zu folgen, wenn er für die Streitsachen deswegen aus analoger Anwendung des § 579 Abs. 1 S. 4 ZPO ein Wiederaufnahmeverfahren immer für möglich hält [72], weil § 579 Abs. 1 S. 4 ZPO nicht jeden Fall der Versagung rechtlichen Gehörs schützt [73].

Aber auch ohne diesen Rechtsbehelf ist jeder so Beeinträchtigte genügend dadurch geschützt, daß er Verfassungsbeschwerde erheben kann. Denn die einheitliche Auslegung, die Art. 1o3 Abs. 1 GG durch das Bundesverfassungsgericht bisher gefunden hat und die den übrigen Gerichten als Richtschnur dient, beweist und gewährleistet einen umfassenden Rechtsschutz des fehlerhaft Nichthinzugezogenen.

Zusammenfassend besteht also im Verfahren der fG kein Anlaß, die Absolutheit der Gestaltungswirkung dann einzuschränken, wenn Anhörungsberechtigte verfahrensfehlerhaft nicht beteiligt wurden.

---

68) Siehe Habscheid, § 25 II 2 u. III 1
69) Bärmann, § 17 III 8; Habscheid, § 25 II 2 f; Keidel, aaO, § 12 Anm. 84; Jansen, § 12 Anm. 1o2; Schlosser, aaO, S. 219
7o) So auch Schlosser, aaO, S. 22o
71) Vergl. Schlosser, aaO, S. 192, 193
72) So Schlosser, aaO, S. 193
73) Ausführlich dazu bei Henckel, ZZP 77/321 ff (37o, 371)

(3) Zweifelhafter könnte jedoch diese Nichteinschränkung dann sein, wenn aus Gründen praktischer Unmöglichkeit die Verfahrensbeteiligung Dritter unterblieben ist. Muß die Gewährung rechtlichen Gehörs nämlich aus diesem Grunde unterbleiben, so kann der fG-Akt auf keinen Fall wegen der unterlassenen Zuziehung fehlerhaft sein. Eine trotzdem ergangene Rechtsbeeinträchtigung Dritter durch diesen Akt macht ihn also zumindest nicht deswegen anfechtbar. Eine Relativierung der Gestaltungswirkung könnte im Verfahren der fG deshalb dann Platz greifen, wenn, ohne daß der Dritte die Chance hatte, vom Richter zugezogen zu werden, weitgehend in seine Rechte eingegriffen wird.

In diesem Zusammenhang wird zum Vergleich oft auf die Fälle verwiesen, die das materielle Recht zur Vermeidung einer ungerechtfertigten Rückwirkung vorsieht (74). Für den Bereich der fG betrifft das vor allem den Fall des § 32 FGG. Eine vergleichbare Anwendung des Rechts auf Gehör entbehrt jedoch insbesondere der gemeinsamen rechtlichen Basis dieser Institute. Während es nämlich bei Art. 1o3 Abs. 1 GG um die Subjektstellung der Zuziehungsberechtigten im Verfahren der fG geht (75), dienen § 32 FGG und ihm artverwandte Vorschriften (76) der Sicherheit des Rechtsverkehrs (77). Die Wertentscheidung beider Rechtsinstitute weicht also insofern voneinander ab, als Art. 1o3 Abs. 1 GG am Gedanken der materiellen Gerechtigkeit ausgerichtet ist, während § 32 FGG der Rechtssicherheit dient.

Außerdem verweist Schlosser (78) zu Recht darauf, daß der durch § 32 FGG gewährte Schutz über das durch Art. 1o3 Abs. 1 GG gebotene Maß hinausgeht. Während Art. 1o3 Abs. 1 GG nämlich zumindest im Ergebnis nur verhindern soll, daß der Nichtangehörte an einen ihm gegenüber zu Unrecht ergangenen Gestaltungsakt gebunden wird, ist § 32 FGG völlig unabhängig von der Rechtmäßigkeit des zugrunde liegenden Aktes. Infolgedessen unterscheidet sich also auch die durch beide Vorschriften verfolgte Regelungsintensität. Aus dem Vergleich zu § 32 FGG läßt

---

74) Vergl. dazu insbesondere Brox, FamRZ 1963/392 (398,393); im Ansatz auch Schlosser,aaO, S. 223
75) Keidel,aaO, § 12 Anm. 79; Bärmann, § 17 III 1; Jansen, § 12 Anm. 84; Habscheid, § 2o II 2
76) Wie z.B. der § 115 Abs. 1 S. 2 BGB

sich deshalb eine Relativierbarkeit der Gestaltungswirkung aus dem Recht auf Gehör nicht herleiten.
Im übrigen sind aber im Zivilprozeß für die Erbunwürdigkeitsklage Gedanken geäußert worden, die darauf hinauslaufen, daß das Urteil einem Dritten gegenüber nur dann wirke, wenn seine Rechtmäßigkeit in einem späteren Prozeß mit ihm überprüft sei (79). Zu dieser Relativierung der Erbunwürdigkeitserklärung kann man jedoch mit einiger Berechtigung nur kommen, wenn man das Erbunwürdigkeitsverfahren nicht der Untersuchungs - maxime unterstellt (8o).
Anders als der Verhandlungsgrundsatz gebietet es nämlich die Untersuchungsmaxime, von Amts wegen auch solche Umstände zu berücksichtigen, die nicht von den Beteiligten vorgebracht werden. Der Richter trägt allein die Verantwortung für die Vollständigkeit des seiner Entscheidung zugrunde gelegten Sachverhalts. Infolgedessen ist er aber auch verpflichtet, Tatsachen heranzuziehen, die zugunsten derjenigen sprechen,die durch die auszusprechende Gestaltung möglicherweise in ihren Rechten beeinträchtigt werden, aber am Verfahren nicht beteiligt werden können. Der dem Untersuchungsgrundsatz unterwor - fene Richter kann und muß also in seiner Entscheidung die Rechte von aus praktischen Gründen nicht zuzuziehenden Anhö - rungsberechtigten wahren. Diese Pflicht und Fähigkeit ist nun einerseits mit Sicherheit nicht dem Recht auf Gehör gleichzusetzen. Sie ist nämlich nicht nur minderer Qualität, sondern würde auch das Grundrecht als solches aushöhlen. Andererseits ist aber zu berücksichtigen, daß hier eine Pflicht zur Hinzuziehung niemals ein fehlerfreies Verfahren ermöglichte.

In Literatur und Rechtsprechung ist nun zur Lösung solcher Rechtsgüterkollisionen anerkannt, daß selbst

---

77) Jansen, § 32 Anm. 1; Bärmann, § 21 II 5a; Schlegelberger, § 32 Anm. 1; Habscheid, § 27 IV 1 d
78) Schlosser,aaO, S. 227
79) Dazu im einzelnen bei Brox, FamRZ 1963/392 (397,398)
8o) Deshalb wird das Erbunwürdigkeitsverfahren der Untersuchungsmaxime unterstellt von: Blomeyer,aaO, § 94 III; Schlosser,aaO, S. 23o, 231

Grundrechte dann nicht in Anspruch genommen werden dürfen, wenn der Schutz überragend wichtiger Gemeinschaftsgüter dies zwingend erfordert und dabei das Prinzip der Verhältnismäßigkeit beachtet ist (81). Entsprechendes gilt auch für das Grundrecht aus Art. 1o3 Abs. 1 GG. Das Recht auf Gehör ist danach mit anderen, aus der inneren Sachgerechtigkeit des jeweiligen Verfahrens sich ergebenden Grundsätzen abzustimmen (82). Legitime Gegeninteressen gebieten in Einzelfällen eine Güter- und Prinzipienabwägung unter dem allgemeinen Verfassungsgrundsatz der Verhältnismäßigkeit (83). Solche legitimen Interessen, nämlich grundsätzlich ein fehlerfreies Verfahren durchführen zu können, stehen hier jedoch der uneingeschränkten Gewährung des Rechts auf Gehör entgegen. Dann ist es bei Zugrundelegung der Ausgestaltung des fG-Verfahrens aber nicht unverhältnismäßig, daß das Recht auf Gehör auf eine sich aus dem Untersuchungsgrundsatz ergebenden richterlichen Pflicht zur Wahrung der Rechte des Anhörungsberechtigten zusammenschrumpft.

In gleichem Maße wie deshalb die Unterstellung der Erunwürdigkeitsklage unter die Untersuchungsmaxime eine Einschränkung des Rechts auf Gehör zuläßt und damit eine Relativierung seiner Gestaltungswirkung erübrigt (84), ist hier in den Fällen der aus Praktikabilitätsgesichtspunkten nicht möglichen Anhörung eine Relativierung der Gestaltungswirkung von fG-Entscheidungen unnötig, da das fG-Verfahren ja gerade dem Untersuchungsgrundsatz unterliegt und dem Anzuhörenden so durch die pflichtgemäße richterliche Wahrung seiner Rechte unter Abwägung der bestehenden Interessen genügender Rechtschutz gewährt ist (85). Im Gegenteil widerspräche eine derartige Relativierung vor allem der rechtspolitischen Funktion solcher gerichtlicher Gestaltungsakte (86). Ihre Rechtssicherheit und Rechtsklarheit würde, ohne daß es überwiegende Interessen nötig machten, über die Maßen beeinträchtigt.

---

81) So vor allem BVerfGE 7/377 ff (378,4o8)
82) So BVerfGE 9/89 (95)
83) Ebenso Schlosser,aaO, S. 185 ff
84) So auch Schlosser,aaO, S. 23o
85) Vergl. hierzu auch die Argumentation für die ähnlich gelagerten Fälle der einstweiligen Anordnung im Verfahren der fG bei: Bärmann, § 17 III 7a; Habscheid, § 2o II 4 b; Jansen, § 12 Anm. 94
86) Vergl. S. 16/17

Zusammenfassend ist also festzustellen, daß im Bereich der fG eine Relativierung der Wirkung der Gestaltungsakte insbesondere auch wegen der besonderen Ausgestaltung des fG-Verfahrens nicht in Betracht kommt. Es bleibt deshalb gerade für dieses Verfahren bei der anfangs festgestellten Absolutheit der Wirkung ihrer Gestaltungsakte.

3. Zeitliche Grenzen

Als letztes in Bezug auf die Untersuchung der Gestaltungswirkung der fG-Akte bleibt nun noch die Frage nach der Dauer, das heißt insbesondere nach Beginn und Ende dieser Rechtswirkung. Festzulegen ist deshalb im folgenden der Zeitpunkt des Wirksamwerdens der gestaltenden fG-Akte und die Dauer ihrer Wirkung.

a) Zeitpunkt des Wirksamwerdens

aa) Grundatz und Ausnahmen

Aus § 16 Abs. 1 FGG ergibt sich, daß grundsätzlich jede fG-Verfügung und damit auch jeder Gestaltungsakt der fG mit der Bekanntmachung an denjenigen, für den er nach seinem Inhalt bestimmt ist, wirksam wird. Dieser Zeitpunkt ist für den Bereich der fG auch der geeignetste, da im Grundsatz das Wirksamwerden weder an die Verkündung zu knüpfen ist, weil eine mündliche Verhandlung häufig nicht stattfindet, noch an den Eintritt der formellen Rechtskraft, da es ihn in der Regel mangels befristeter Rechtsmittel nicht gibt (87).
Trotzdem bringt es die Vielfalt der im Rahmen der fG geregelten Rechtsmaterien mit sich, daß diese Regel von zwei Gruppen von Ausnahmen durchbrochen wird (88). Einmal ist die sofortige Wirksamkeit des Gestaltungsaktes vorgesehen, weil z.B. zur Sicherung des Rechtsverkehrs der tatsächliche Vollzug entscheidend sein muß (89) oder weil wegen eines beson-

87) Ebenso Habscheid, § 24 II 2
88) Ebenso Habscheid, § 24 II 3
89) Wie die Eintragungen in öffentliche Register; Ausnahmen: §§ 15 HGB, 66 BGB; die Erteilung u. Entziehung von Erbscheinen, Testamentsvollstreckerzeugnissen und Zeugnissen über die Fortsetzung der Gütergemeinschaft

ders starken Schutzbedürfnisses und der Dringlichkeit einer raschen Regelung eine beschränkte Bekanntmachung (90) oder der bloße Erlaß der Verfügung (91) ausreichend ist. Zum anderen verschiebt das Gesetz das Wirksamwerden auf einen späteren Zeitpunkt als den der Bekanntmachung. Das sind die im Rahmen der fG recht häufigen Fälle, in denen die Gestaltungsakte formell rechtskräftig werden. Hier knüpft das Gesetz wegen der Sachnähe an die Regel der ZPO an. Daneben ist hier noch der Sonderfall des § 1829 Abs. 1 S. 2 BGB zu erwähnen. Um das Mündel zu schützen (92), wird die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung oder Verweigerung eines Rechtsgeschäfts erst durch Mitteilung an den Geschäftsgegner wirksam.

Abgesehen von diesen Ausnahmen kann aber die Tatsache des Wirksamwerdens der Gestaltungsakte der fG zum Zeitpunkt der Bekanntmachung als die Regel angesehen werden (93).

bb) Rückwirkung der Gestaltung

Worauf aber gerade bei der Festlegung der zeitlichen Grenzen der Gestaltungswirkung hinzuweisen ist, ist die Möglichkeit, daß ganz allgemein der Zeitpunkt des Wirksamwerdens nicht identisch zu sein braucht mit dem Moment, auf den die Entscheidung wirkt (94). Falls es auch im Bereich der fG Gestaltungsentscheidungen gibt, die ex tunc wirken, so ist im Zeitpunkt des Wirksamwerdens die Rechtslage so zu sehen, als ob die Gestaltungswirkung schon in einem früheren Augenblick eingetreten ist.

Die Frage der Rückwirkung von gestaltenden fG-Entscheidungen taucht in der Lehre zur fG aber nur im Zusammenhang mit der Abänderung und Aufhebung von fG-Verfügungen auf. Hierzu hat sich heute jedoch die Meinung verfestigt, daß derartige Abänderungs- und Aufhebungsverfügungen in der Regel keine rück-

---

90) Wie bei den §§ 52 2.u.3. Fall, 56a Abs. 1 u. 67 FGG
91) Wie bei § 52 1. Fall FGG
92) So auch Bärmann, § 2o III 2a
93) Ebenso: Keidel, aaO, § 16 Anm. 6; Jansen, § 16 Anm. 7; Schlegelberger, § 16 Anm. 2o; Bärmann, § 2o III 1; Habscheid, § 24 II 3; Baur, § 23 B II 1; Pikart-Henn, aaO, S. 96
94) Ähnlich Schlosser, aaO, S. 231, 232

wirkende Kraft haben [95]. Nur ausnahmsweise, weil keine schutzwürdigen Interessen des Rechtsverkehrs entgegenstehen, läßt im Bereich der fG § 61 FGG eine Rückwirkung zu [96].

Dieser ablehnenden Stellungnahme in Bezug auf die Rückwirkung ist zu folgen. Zu Recht weist Habscheid [97] darauf hin, daß eine Zulassung der Rückwirkung in diesen Fällen im Rechtsverkehr zu einem Vertrauensschwund führen müsse, der eine starke Zurückhaltung gegenüber den betroffenen fG - Akten zur Folge haben werde. Der gerechtere Schutz des Einzelnen würde also die tatsächlichen Nachteile, die dieser Ver - trauensschwund hervorrufen würde, nicht aufwiegen. Eine der - artige Rückwirkung liegt damit im Endeffekt weder im Interesse des Einzelnen, noch in dem der Allgemeinheit. Außerdem führt die generelle Bejahung einer Rückwirkung bei einer Abänderung die abgeänderte Entscheidung in bedenkliche Nähe einer nich - tigen Entscheidung [98]. Rückwirkende Gestaltungsakte im Bereich der fG sind deshalb im Grundsatz abzulehnen.
Infolgedessen sind im Verfahren der fG der Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Privatrechtsgestaltung und der Moment auf den die Gestaltung wirkt, in der Regel identisch [99].

cc) Vorverlegung der Gestaltungswirkung

Andererseits bestehen gerade auch im Bereich der fG häufig Situationen, in denen die besondere Dringlichkeit der Maßnahme es nicht zuläßt zu warten, bis entweder überhaupt eine Ent - scheidung in dem dafür vorgesehen Verfahren ergangen ist oder bis die Entscheidung nach Eintritt der formellen Rechtskraft wirksam wird. Hierfür sind im Verfahren der fG die Institute der einstweiligen Anordnung [100] bzw. der Anordnung der so -

---

95) Ebenso: Habscheid, § 27 IV 2; Bärmann, § 21 II 5; Baur, § 24 F V 2c; Keidel, aaO, § 18 Anm. 4o; Schlegelberger, § 18 Anm. 29; anderer Auffassung für rechtsgestaltende Verfügungen, die mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar sind: Jansen, § 18 Anm. 31
96) So auch Bärmann, § 21 III 5b
97) Habscheid, § 27 IV 2
98) Ebenso Bärmann, § 21 II 5a
99) Siehe aber die Ausnahme des § 61 FGG
100) Wie in den Angelegenheiten bezüglich der elterlichen Gewalt: §§ 1634, 1666, 1671, 1672, 1696 BGB; sowie in den Streitsachen: §§ 53a Abs. 3 FGG, 12, 13 Abs. 2, 18 Abs.2 VHG, 44 Abs.3 WEG, 13 HausratsVO, 18 LwVG

fortigen Wirksamkeit des Gestaltungsaktes durch das erstinstanzliche Gericht [1o1] oder das Beschwerdegericht [1o2] vorgesehen. Beides sind Instrumente, um den zur Auslösung der Gestaltung Berechtigten vor den Folgen des Zeitverlustes zu schützen, der mit der Durchführung des konkreten fG-Verfahrens verbunden ist. Beide führen deshalb zu einer Gestaltungswirkung vor dem in der Regel verfahrensrechtlich festgelegten Zeitpunkt des Wirksamwerdens. Infolgedessen enthalten beide auch eine Sachentscheidung, gestalten also in der Sache selbst, wenn im Falle der einstweiligen Anordnung auch anders als bei der Anordnung der sofortigen Wirksamkeit grundsätzlich nur teilweise und vor allem vorläufig.
Durch die einstweilige Anordnung und die Anordnung der sofortigen Wirksamkeit hat das Gesetz dem fG-Richter also Mittel zur teilweisen oder völligen Vorverlegung der angestrebten Gestaltungswirkung an die Hand gegeben, um die durch die Dauer des Verfahrens bedingte Gefahr zu beseitigen und den Erfolg der letztlich vorzunehmenden Gestaltung sicherzustellen.

b) Dauer der Wirkung

Läßt sich so der Beginn der Gestaltungswirkung noch einigermaßen genau festlegen, so gilt das weniger für den Endpunkt und damit für die Dauer der Wirkung. Im Grundsatz ist nämlich davon auszugehen, daß ein wirksamer Gestaltungsakt für die Zukunft auf unbestimmte Dauer verbindlich ist, es sei denn, die gestaltende Wirkung wird rechtswirksam aufgehoben oder abgeändert. Die Frage nach der Dauer der Gestaltungswirkung reduziert sich deshalb auf die Frage nach ihrer Aufhebbarkeit bzw. Abänderbarkeit. Nur ein derartiger nachträglicher Eingriff in die Bestandskraft der Gestaltungswirkung legt also einen Endpunkt und damit eine bestimmte Dauer der Wirkung fest. Ansonsten ist sie in der Zukunft nicht zu begrenzen.
Für den Bereich der fG verweisen diese Überlegungen somit auf die Frage, wie die Gestaltungswirkung der dort ergehenden Akte aufhebbar bzw. abänderbar ist. Wenn

---

1o1) Wie in den Fällen der §§ 53 Abs. 2, 82 Abs. 2, 55 a Abs. 2 FGG
1o2) Wie im Falle des § 26 S. 2 FGG

zunächst einmal als selbstverständlich vorausgesetzt werden kann, daß tatsächliche Umstände eine Gestaltung ganz oder teilweise wirkungslos werden lassen können (1o3), dann bestehen im übrigen dreierlei Möglichkeiten, wie eine durch gestaltende fG-Entscheidung verfügte Rechtsänderung aufgehoben bzw. abgeändert werden kann, nämlich durch Gesetz, durch Rechtsgeschäft oder durch Richterspruch.

aa) Aufhebbarkeit bzw. Abänderbarkeit der Gestalungswirkung durch Gesetz

Gemeint sind hier die Fälle, in denen die durch fG-Akt verfügte Gestaltung unmittelbar ex lege aufgehoben oder abgeändert werden.
So endet z.B. aufgrund normativer Anordnung die Wirkung von Gestaltungsakten der fG, wenn maßgebliche Umstände eintreten oder wesentliche Voraussetzungen für die Entscheidung wegfallen (1o4). Ganz allgemein endet ex lege die Gestaltungswirkung der Entscheidungen, die eine befristete oder auflösend bedingte Rechtsänderung aussprechen, wenn die Befristung oder Bedingung eintritt (1o5). Denkbar ist weiter auch, daß eine Gesetzesänderung ipso iure in die durch eine gestaltende fG-Entscheidung geregelten Rechtsbeziehungen eingreift und diese abändert bzw. aufhebt; denn genau wie sie in Rechtsbeziehungen eingreifen kann, die einen anderen Entstehungsgrund haben, ist sie auch in der Lage, die Gestaltungswirkung eines fG-Aktes zu beeinträchtigen (1o6).

Zusammenfassend sieht das Gesetz also vor oder es ist eine gesetzliche Regelung denkbar, daß die Gestaltungswirkung im Bereich der fG unmittelbar durch gesetzlichen Eingriff in den Bestand der Wirkung aufgehoben bzw.

1o3) Wie der nachträgliche Untergang der zu Eigentum übertragenen Sache oder der nachträgliche Tod eines der Gestaltung Unterworfenen
1o4) Wie in den Fällen der §§ 1882, 1884 Abs. 2, 19o8 Abs. 1 u. 2, 1921 Abs. 3 BGB
1o5) So die Begründung eines befristeten Mietverhältnisses gemäß § 5 Abs. 2 HausratsVO; vergl. Hoffmann-Stephan, aaO, § 5 Anm. C 3
1o6) So führte etwa die Herabsetzung des Volljährigkeitsalters auf 18 Jahre kraft dieses Gesetzes i.V.m. §§ 1882, 1773 BGB zur Beendigung der Vormundschaft für 18-2ojährige

abgeändert wird. Die Dauer der Gestaltungswirkung ist damit im Einzelfall ex lege festlegbar bzw. festgelegt.

bb) Durch privates Rechtsgeschäft

Entsprechend fixierbar ist die Dauer der Gestaltungswirkung aber auch durch ihre Aufhebbarkeit bzw. Abänderbarkeit mittels Privatrechtsgeschäft. Allerdings kann Änderung der Gestaltungswirkung dabei immer nur Änderung der durch den fG-Akt gestalteten Rechtsbeziehungen bedeuten. Ein reiner Privatrechtsakt kann einen Hoheitsakt in seinem Bestand nicht beeinträchtigen. Änderung durch Privatrechtsgeschäft heißt also hier immer inhaltlich abweichende Gestaltung der durch den Gestaltungsakt begründeten oder abgeänderten Rechtsbeziehungen ohne Beseitigung des formellen Bestandes dieses Aktes. Wirksamkeitsvoraussetzung für eine solche Neugestaltung ist deshalb, daß die durch fG-Entscheidung gestalteten Rechtsbeziehungen auch der Verfügungsmacht des privatrechtlich Handelnden unterliegen.
Im einzelnen sollen folgende Fälle aus dem Bereich der fG als Beispiele und Abgrenzung dienen:

(1) So steht z.B. einer privatrechtlichen Stundung nicht im Wege, daß die zugrunde liegende Verbindlichkeit vorher im Vertragshilfeverfahren gestundet oder herabgesetzt wurde. Ein derart gestaltender fG-Akt ersetzt nach § 16 Abs. 1 S. 1 VHG nämlich nur eine entsprechende privatrechtliche Vereinbarung der Vertragsteile [1o7]. Weder wird den Beteiligten durch diese Entscheidung eine weitere Übereinkuft über die Forderung entzogen, noch greift die neuerliche Stundung in den Bestand des Gestaltungsaktes selbst ein, sondern es werden lediglich die gestaltenden Rechtsbeziehungen, die weiter der Verfügungsgewalt des Betroffenen unterliegen, abgeändert.
Dieses Ergebnis wird bestätigt durch die Regelung des § 9 LPG. Hiernach ist eine Aufhebung der im Verfahren der fG herbeigeführten Gestaltungswirkung durch privatrechtliche Kündigung des Landpachtvertrages sogar normativ

---

1o7) Vergl. S. 7o insbesondere S. 86 oben

vorgesehen. Diese Möglichkeit bestände aus den gleichen Gründen, wie bei den Vertragshilfesachen aber auch dann, wenn es den § 9 LPG nicht gäbe; denn die vorverlegte Kündigung aus vertraglichem, gesetzlichem oder wichtigem Grunde ist kein Entscheidungsgegenstand des Landpachtverfahrens und deshalb nicht der Verfügungsgewalt des Berechtigten entzogen.

Entsprechendes gilt auch für das Hausratsverteilungsverfahren, soweit bestehende Rechtsverhältnisse abgeändert werden. So unterliegt ein nach § 5 Abs. 1 S. 1 HausratsVO abgeändertes Mietverhältnis nach wie vor den Vorschriften der §§ 535 ff BGB, es ist somit z.B. auch kündbar.

(2) Etwas anders liegen die Verhältnisse, wenn zugrunde liegende Rechtsverhältnisse nicht geändert, sondern wenn durch Gestaltungsakt im Bereich der fG diese Rechtsbeziehungen erst begründet worden sind. Das ist in der HausratsVO insbesondere aufgrund der §§ 5 Abs. 2 S. 1 und 9 Abs. 2 S. 1 der Fall.

Ganz allgemein wird zwar davon ausgegangen, daß auch für diese Rechtsverhältnisse grundsätzlich die §§ 535 ff BGB anwendbar sind, soweit seitens des Richters keine besonderen Bestimmungen getroffen wurden [1o8]. In der Regel sind danach also auch diese durch Gestaltungsakt verfügten Rechtsverhältnisse unter den Voraussetzungen der §§ 535 ff BGB kündbar, die durch diese fG-Entscheidungen hervorgerufene Gestaltungswirkung somit aufhebbar.

Gegen die unbesehene Übernahme dieses Ergebnisses sprechen jedoch dogmatische Bedenken. Ein Hindernis für die Anwendbarkeit der §§ 535 ff BGB könnte nämlich insbesondere sein, daß die §§ 535 ff BGB grundsätzlich ein auf der Grundlage der Vertragsfreiheit zustande gekommenes Rechtsverhältnis voraussetzen, die vorliegenden Rechtsbeziehungen aber durch richterlichen Hoheitsakt zustande gekommen sind. Für einige Ausnahmefälle, in denen wie hier Abschluß-, Partner- und Inhalts-

---

1o8) So vor allem: Hoffmann-Stephan, aaO, § 5 Anm. 3 u. § 9 Anm. 2 A; RGRK-Scheffler, § 5 Anm. 14 u. § 9 Anm. 5; Erman-Ronke, § 5 Anm. 4 u. § 9 Anm. 3; Dölle, Lehrbuch § 41 V 3; Kuhnt, AcP 15o/13o (14o)

freiheit eines zu begründenden Privatrechtsverhältnisses be - schränkt oder ausgeschlossen sind, hat die Rechtslehre aber mit Hilfe des sogenannten diktierten Vertrages [109] eine Möglichkeit gefunden, die privatrechtlichen Normen auch auf diese hoheitlich begründeten Rechtsbeziehungen zulassen zu können. Sind diese durch den Hausratsverteilungsrichter be - gründeten Mietverhältnisse deshalb solche diktierten Verträ- ge, dann bestehen für die Anwendbarkeit der §§ 535 ff BGB, wie sie allgemein angenommen wird, keinerlei Bedenken [110]. Be - dauerlich ist aber, daß gerade die Autoren, die hier die §§ 535 ff BGB für anwendbar halten [111], zu diesem Problem- kreis in der Regel keine Stellung nehmen.
Andererseits führt beispielsweise Bötticher [112] aus, daß die diktierten Verträge mit den Regelungsstreitigkeiten, in denen eine Einigung durch einen privatrechtsgestaltenden Zwangsakt ersetzt werde, nur den Endeffekt, nämlich die Schaffung eines Vertragsverhältnisses gemeinsam hätten. Wäh- rend der diktierte Vertrag ein hoheitlicher Eingriff sei, ent- stünden die Regelungsstreitigkeiten zwischen gleichberechtig- ten und selbstverantwortlichen Partnern, die sich zur Besei - tigung von Spannungen eines Hoheitssubjektes als unparteii - schen Dritten bedienten und gerade nicht aus öffentlichem In- teresse einen von ihnen zur Leistung zwingen wollten. Mit Recht weist Bötticher darauf hin, daß der diktierte Vertrag in hohem Maße öffentlich-rechtliche Interessen erfüllt, die Regelungsstreitigkeiten jedoch, wie bereits dargestellt [113], vor allem der Durchsetzung subjektiver Privatrechte dienen.

Bei aller Berechtigung dieser Kritik bleibt aber auch er die Antwort darauf schuldig, wie es möglich ist, daß hier hoheitlich begründete Privatrechtsbeziehungen einem pri - vaten Vertragsverhältnis gleichgesetzt werden. Denn es ist davon auszugehen, daß die Entstehung eines Vertrages durch öffentlich-rechtlichen Gestaltungsakt systemwidrig und nur in Ausnahmefällen mit dem Grundgesetz zu vereinbaren ist [114].

---

109) Grundlegend dazu Nipperdey, aaO, S. 116 ff
110) So auch Nipperdey, aaO, S. 150
111) Vergleiche oben Fußnote 108
112) Bötticher, F.f. Lent S. 89 (98)
113) Vergl. insbesondere S.85/86
114) So auch Larenz, Schuldr. I, § 5 IV

Ein einfaches Gesetz kann deshalb den fG-Richter nicht ohne weiteres zur "Vertragsschaffung" ermächtigen.
Was nun aber die Begründung eines Mietverhältnisses nach § 5 Abs. 2 S. 1 HausratsVO angeht, so ist sie der Ausfluß einer besonderen Situation. Wenn es für die HausratsVO überhaupt gilt, dann verdankt vor allem diese Regelung ihre Entstehung der durch den zweiten Weltkrieg entstandenen Wohnraumverknappung (115). Da dieser Notstand zum Teil auch heute noch nicht behoben ist, bestand und besteht ein starkes öffentliches Interesse an der Begründbarkeit solcher Rechtsverhältnisse, wenn es sich dabei auch in erster Linie um die Beseitigung privater Spannungen handelt. Mehr oder weniger ergeht aber auch sonst der diktierte Vertrag zum Ausgleich privater Interessen. Ihr Vorliegen ist deshalb kein grundsätzliches Hindernis, die vom Hausratsverteilungsrichter geschaffenen Rechtsbeziehungen rechtlich als diktierten Vertrag zu qualifizieren. Für eine derartige Einordnung spricht aber, daß seine Voraussetzungen in Form einer Ausnahmesituation zum legitimen Durchbruch des Prinzips der Vertragsfreiheit vorliegen (116) und auch daß die Rechtsfolge mit der von der Rechtslehre allgemein an einen solchen diktierten Vertrag geknüpften übereinstimmt. Der Hausratsverteilungsrichter begründet deshalb aufgrund des § 5 Abs. 2 S. 1 HausratsVO einen diktierten Vertrag, der einem privatrechtlichen Mietvertragsabschluß gleichzuerachten ist (117).
Mit wenigen Einschränkungen gelten diese Erwägungen auch für § 9 Abs. 2 S. 1 HausratsVO. Wenn auch ein allgemeiner Notstand in Form von Mangel an Hausrat heute nicht mehr besteht, so geht es doch darum, einen sozial Schwächeren mit den notwendigsten Lebensutensilien zu versehen. Als Erfüllung des Sozialstaatsprinzips konkretisiert der § 9 Abs. 2 S. 1 HausratsVO heute die verfassungsmäßige Ordnung und ist deshalb als legitime Einschränkung der Vertragsfreiheit zu bejahen.

---

115) Ebenso Hoffmann-Stephan, aaO, Vorbem. vor § 1; vergl. auch S. 80/81
116) Vergl. Larenz, Schuldr. I, § 5 IV
117) So auch: Soergel-Siebert-Reimer-Schmidt, Vorbem. 24 vor § 305; Erman, § 241 Einl. 6

Auch gemäß § 9 Abs. 2 S. 1 HausratsVO entsteht also durch einen diktierten Vertrag ein privatrechtliches Mietverhältnis.

Im Ergebnis ist somit der allgemeinen Auffassung zuzustimmen, daß auf diese Mietverhältnisse die §§ 535 ff BGB anzuwenden sind, was andererseits eine Aufhebung der Gestaltungswirkung des zugrunde liegenden fG-Aktes durch private Neugestaltung der durch ihn begründeten Rechtsbeziehungen möglich macht.

(3) Weitere Beispiele, die die Abänderbarkeit der Gestaltungswirkung durch Privatrechtsgeschäft im Bereich der fG veranschaulichen, ergeben sich im Rahmen der HausratsVO aus den eigentumszuteilenden Entscheidungen, also aus den Gestaltungsakten aufgrund der §§ 8 Abs. 3 und 9 Abs. 2 S. 2 HausratsVO.
In Anknüpfung an das eben Ausgeführte taucht hier in gleichem Umfang die Frage auf, ob auch diese Entscheidungen diktierte Schuldverträge sind, und ob daraus ebenfalls, wie etwa auf Grund von Mängelhaftung, einseitig auf die Gestaltungswirkung Einfluß genommen werden kann.
Dann müßte, abgesehen von der Zulässigkeit eines derartigen Diktats, der Gestaltungsakt aber zunächst die Elemente eines Schuldverhältnisses in sich tragen.
In Frage kommt für diese Fälle nur ein kaufähnlicher Vertrag im Sinne des § 445 BGB; denn obwohl die Verpflichtung zur Zahlung des Entgelts, als auch letztlich der Eigentumsübergang auf gerichtlichem Hoheitsakt beruhen, hat der gesamte Vorgang und insbesondere das Ergebnis doch gewisse Ähnlichkeit mit einem Kaufvertrag. Dennoch ist diese Ähnlichkeit rein äußerlich. Durch diese gestaltenden Entscheidungen wird den Beteiligten nämlich kein durch sie abzuwickelndes Schuldverhältnis aufgezwungen, wie es sonst aufgrund eines diktierten Vertrages geschieht, sondern hier sind die Verpflichtungen, falls sie überhaupt bestanden haben, zum größten Teil durch den gestaltenden Akt bereits erfüllt [118],

---

118) Der Eigentumsübergang ist bereits vollzogen und für den Anspruch auf das Entgelt liegt ein Titel vor

wobei der fG-Akt allerdings die causa für das Behaltendürfen ist. Die tatsächlich begründeten Rechtsbeziehungen können deshalb kaum noch als gegenseitiges Schuldverhältnis, sicherlich aber nicht als kaufähnliches Vertragsverhältnis im Sinne des § 445 BGB angesehen werden. So ist nach allgemeiner Auffassung eine Anwendung des § 445 BGB auch immer dann ausgeschlossen, wenn, wie hier, der Rechtsübergang kraft hoheitlicher Verfügungsmacht geschieht (119). Würde der fG-Akt zwischen den Parteien ein Schuldverhältnis begründen, aufgrund dessen der eine zur Eigentumsübertragung und der andere zur Zahlung des Entgelts verpflichtet ist, so wäre § 445 BGB, vorausgesetzt diese Verfügung wäre als diktierter Vertrag zulässig, ohne Bedenken anwendbar (120). So aber begründen weder die Entscheidungen nach § 8 Abs. 3 HausratsVO noch die nach § 9 Abs. 2 S. 2 HausratsVO kaufähnliche Rechtsbeziehungen. Infolgedessen sind auch die §§ 459 ff BGB auf diese eigentumsübertragenden fG-Akte nicht anwendbar (121) und sind folglich auch nicht in der Lage, die Gestaltungswirkung zu beeinflussen (122,123).

In negativer Hinsicht bestätigt aber auch dieses Ergebnis die These der Abänderbarkeit der Gestaltungswirkung durch Privatrechtsgeschäft. Soweit eben keine der privaten Verfügungsmacht unterliegenden Rechtsbeziehungen begründet oder umgestaltet werden, bleibt die Gestaltungswirkung von rechtsgeschäftlicher Seite unberührt.
Im übrigen aber, soweit es sich um das neubegründete Eigentum bzw. die entstandene Forderung handelt, gelten ohne Einschränkung die entsprechenden Vorschriften des BGB's, zumal das übertragene Eigentum nach ganz überwiegender Ansicht nicht zweckgebunden ist (124). Soweit also die gestalteten

---

119) Ebenso: RGRK-Kuhn, § 445 Anm. 4b; Erman-Böhle-Stamschräder, § 445 Anm. 1; Palandt-Putzo, § 445 Anm.3; Staudinger-Ostler, § 445 Anm.2; BGH LM Art. 39 REG BrZ Nr.5

120) So auch Erman-Böhle-Stamschräder, § 445 Anm. 1

121) So auch: Hoffmann-Stephan,aaO, § 8 Anm.5 letzter Absatz und § 9 Anm.2 B; RGRK-Scheffler, § 9 Anm.6; Kuhnt, AcP 150/130 (161 Anm. 23)

122) Siehe aber die Möglichkeit der Geltendmachung eines Sachmangels über § 17 HausratsVO auf S. 133

123) Selbst wenn hier ein zulässiger diktierter Vertrag vorläge, bliebe die Beeinflussung der Gestaltungswirkung gerade durch Mängelhaftung noch zweifelhaft; vergl. Nipperdey,aaO, S. 143 - 150

Rechtsbeziehungen der Verfügungsmacht des privatrechtlich Handelnden unterliegen, kann er die Gestaltungswirkung des zugrunde liegenden fG-Aktes zeitlich begrenzen.
Zusammenfassend ist damit aber festgestellt, daß die Dauer der Gestaltungswirkung von fG-Akten durch Privatrechtsgeschäft, das die zugrunde liegenden gestalteten Privatrechtsbeziehungen neugestaltet, begrenzbar ist. Da solche Rechtsgeschäfte jedoch nur dort möglich sind, wo die Rechtsbeziehungen der Verfügungsgewalt der Parteien unterstellt sind, sind hier insbesondere die Regelungsstreitigkeiten betroffen; denn sie unterliegen ihrem Wesen nach von vornherein und auch noch im Anschluß an die hoheitliche Gestaltung weitgehend der Privatautonomie.

cc) Durch Richterspruch

Soweit eine Abänderung bzw. Aufhebung der Gestaltungswirkung durch Spruch des fG-Richters in Frage steht, kann sie durch Eingriff in den Bestand des Gestaltungsaktes oder in die durch den Gestaltungsakt verfügten Rechtsbeziehungen geschehen. Im ersten Fall wird also die Entscheidung selbst umgestaltet. Im übrigen dagegen wird die Erstverfügung durch einen weiteren gestaltenden Akt überlagert, also lediglich inhaltlich abgeändert oder neugestaltet.
Beides sind nun nicht nur sachlich, sondern auch verfahrensrechtlich unterschiedlich zu beurteilende Vorgänge. Eine Abänderung des Gestaltungsaktes selbst kann nämlich nur in demselben Verfahren ergehen, da in einem neuen Verfahren der formale Bestand der ersten Verfügung als wirksames Ergebnis eines Verfahrens zu respektieren ist, andererseits aber, solange das alte Verfahren noch nicht beendet ist, immer noch eine abändernde Zweitentscheidung ergehen kann [125]. Ob und falls ja inwieweit vor allem diese Neugestaltung im Rahmen

---

124) So auch: Hoffmann-Stephan, aaO, § 8 Anm. 5 u. § 9 Anm. 2B; Kuhnt, AcP 150/130 (140); RGRK-Scheffler, § 9 Anm. 8; anderer Auffassung, Klemm, DR 1944/882 (885)
125) So vor allem: Bärmann, § 21 II 1; Bötticher, JZ 1956/582 (584,586); Jansen, § 18 Anm. 2; Rothe, aaO, S. 24; im Ergebnis aber auch: Habscheid, § 27 III ; Keidel, aaO, § 18 Anm. 20

der fG Rechtskraftprobleme aufwirft, soll Gegenstand der Untersuchung im folgenden Kapitel [126] sein.
Die Möglichkeit der Abänderbarkeit bzw. Aufhebbarkeit der Gestaltungswirkung durch Richterspruch hängt also ab von der im einzelnen vorliegenden Verfahrenssituation. Darauf muß deshalb auch im folgenden abgestellt werden.

(1) Innerhalb desselben Verfahrens

Wird im Bereich der fG innerhalb desselben Verfahrens die Gestaltungswirkung durch richterliche Abänderung des Gestaltungsaktes beeinträchtigt, so findet das im FGG folgende rechtliche Möglichkeiten:
Genau wie im Zivilprozeß können auch im Verfahren der fG die Entscheidungen im Rechtsmittelverfahren durch Rechtsmittel [127] oder in derselben Instanz durch sonstige Rechtsbehelfe [128] abgeändert werden.
Ganz im Gegensatz zum Zivilprozeß aber, wo gemäß § 318 ZPO eine Abänderbarkeit der Entscheidung sonst grundsätzlich nicht zugelassen ist, erhebt § 18 Abs. 1 S. 1 FGG für den Bereich der fG die Möglichkeit zur Abänderung geradezu zu einer Regel [129]. Wenn auch zahlenmäßig gesehen die Ausnahmen diesem Grundsatz die Waage halten [130], so ist doch gerade der § 18 Abs. 1 S. 1 FGG Garant für die besondere Elastizität des fG-Verfahrens.
Danach sind also alle fG-Entscheidungen in demselben Verfahren [131] nachträglich abänderbar [132], wenn sie sich als ungerechtfertigt erweisen. Was in diesem Sinne als ungerechtfertigt anzusehen ist [133], darüber besteht in Literatur und

---

126) Vergl. S. 142 unten u. S. 145 ff
127) Wie aufgrund der §§ 19, 27 FGG
128) Durch Einspruch: §§ 132, 14o, 159 FGG; durch Widerspruch: §§ 142, 144, 147, 155, 159, 161 FGG; durch Erinnerung: § 11 RpflegerG
129) So auch Habscheid, § 27 I 2
13o) Siehe vor allem die §§ 18 Abs. 1 S. 2 u. Abs. 2 FGG
131) Siehe dazu ausführlich Rothe, aaO, S. 22 ff
132) Das heißt hier auch aufhebbar: Habscheid, § 27 II 1
133) Siehe dazu ausführlich Rothe, aaO, S. 3C ff

Rechtsprechung im wesentlichen Einhelligkeit [134]. Anders ist das nur, soweit es die Frage betrifft, ob auch eine Änderung wegen nachträglicher Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse [135] dem § 18 Abs. 1 S. 1 FGG unterfällt. So geht z.B. die noch herrschende Meinung davon aus, daß in diesen Fällen die Erstverfügung nicht nachträglich ungerechtfertigt, sondern nur den veränderten Umständen nicht mehr entsprechend sei und deshalb die Änderung wegen facta supervenientia den in § 18 Abs. 1 S. 1 FGG festgelegten Bereich überschreite [136].

Doch trifft eine nur philologische Deutung des Wortlauts des § 18 Abs. 1 S. 1 FGG zumindest nicht den Kernpunkt der zugrunde liegenden Problematik. Im übrigen läßt allein die Terminologie "ungerechtfertigt" auch die Möglichkeit des "jetzt nach Änderung der Sachlage nicht mehr gerechtfertigt", also der facta supervenientia offen. Dieses Ergebnis wird noch bestätigt durch die teleologische Auslegung des § 18 Abs. 1 S. 1 FGG, soweit er, wie in der Regel, Fürsorgeangelegenheiten betrifft. Dabei geht es aber um meist länger andauernde Hilfestellung für Schutzbefohlene, die nur dann ihren Zweck erfüllen kann, wenn sie sich allen Veränderungen sofort und unkonventionell anpassen kann.
Diese Tatsachen berücksichtigt offenbar auch Bötticher [137], wenn er meint, daß § 18 Abs. 1 S. 1 FGG doch sicherlich auch an die Fälle denke, in denen facta supervenientia zur Änderung der Verfügung drängen. Wenn auch die Entstehungsgeschich-

---

134) Vergl. Bärmann, § 21 II 1; Baur, § 24 B I 1; Habscheid, § 27; Jansen, § 18 Anm. 6; Keidel,aaO, § 18 Anm. 1; Schlegelberger, § 18 Anm. 2o; OLG Bremen MDR 1954/179; OLG Frankfurt JZ 196o/93 u. FamRZ 196o/77; anderer Auffassung: Habscheid, § 27 III 6b u. § 28 IV 4

135) Nach Bötticher, JZ 1956/582 ff (583): facta supervenientia

136) So vor allem: Baur, § 24 C I; Habscheid, § 27 III; Pikart-Henn, aaO, S. 1o3; Gäbelein, JZ 1955/26o ff; Keidel,aaO, § 18 Anm. 2; unklar: Schlegelberger, der in § 18 Anm. 2o eine Änderung aufgrund neuer Tatumstände durch § 18 Abs. 1 S. 1 FGG für möglich hält und in § 18 Anm. 22 eine Änderung wegen veränderter Umstände davon unterscheidet

137) Bötticher, JZ 1956/582 (584)

te dieser Bestimmung lange nicht so eindeutig, wie Bötticher meint (138), den Gesetzgeberwillen zugunsten von facta supervenientia wiederspiegelt (139), so ist ihm dennoch mit den Worten von Bärmann (14o) zu folgen, der erklärt, daß sowohl praktische als auch theoretische Erwägungen für die Anwendbarkeit des § 18 Abs. 1 S. 1 FGG sprechen.
Unpraktisch und unzweckmäßig ist mit Bärmann (141) die Ablehnung von facta supervenientia vor allem in den nicht seltenen Fällen eines Abänderungsverfahrens nach § 18 Abs. 1 S. 1 FGG, in denen alte und neue Tatumstände vorgebracht werden. Das gilt insbesondere dann, wenn eine Abänderung erst durch beide gemeinsam getragen werden würde.
Daneben ist das Änderungsverfahren zumindest in seiner Aufgabe mit dem Rechtsmittelverfahren vergleichbar (142). Vor allem bilden aber beide mit dem vorausgegangenen Verfahren eine Verfahrenseinheit. Auch aus diesem Grunde wirkte es zumindest befremdend, wenn einserseits der ebenfalls zur Abänderung berufene Beschwerderichter facta supervenientia uneingeschränkt berücksichtigen kann (143), während dem Richter des weniger formgebundenen Abänderungsverfahrens deren Miteinbeziehung verwehrt bleiben soll.
Als letztes wird zugunsten der Anwendbarkeit des § 18 Abs. 1 S. 1 FGG auf facta supervenientia allgemein auf die Verwandtschaft des § 18 Abs. 1 S. 1 FGG zu § 571 ZPO hingewiesen, der seinerseits facta supervenientia miteinbezieht (144). Wenn auch zweifelhaft ist, ob in § 18 FGG eine Fortbildung des § 571 ZPO statuiert werden sollte (145), so bestehen doch grundlegende Gemeinsamkeiten. Sieht man für § 571 ZPO nämlich von dem Grundsatz des Parteibetriebs ab, sodaß also das Einlegen der Beschwerde entfiele, dann könnte schon der

---

138) Bötticher, JZ 1956/582 (584)
139) So ausführlich bei Rothe, aaO, S. 46 - 5o
14o) Bärmann, § 21 III 2
141) Bärmann, § 21 III 2
142) Ebenso: Rothe, aaO, S. 23; Bärmann, § 21 II 1
143) So die allgemeine Auffassung zu § 23 FGG; vergl. im einzelnen bei Keidel, aaO, § 23 Anm. 6
144) So auch: Bötticher, JZ 1956/582 (584); Jansen, § 18 Anm. 6; Bärmann, § 21 III 2
145) So Bötticher, JZ 1956/582 (586); anderer Auffassung Rothe, aaO, S. 47

Wortlaut des § 571 ZPO mit dem des § 18 Abs. 1 S. 1 FGG korrespondieren. Aber auch von der Sache her gilt für beide Fälle, daß, um das Verfahren zu verkürzen, dem iudex a quo noch einmal Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben wird, bevor der iudex ad quem eine eigene Sachentscheidung trifft. Wenn deshalb § 18 Abs. 1 S. 1 FGG auch das Ergebnis einer Eigenentwicklung der fG sein sollte (146), so war die Ursache dieser Entwicklung doch zumindest eine im Gehalt entsprechende Parallelproblematik. Gerade das Beschwerdeverfahren des Zivilprozesses dient nämlich ebenso wie das Verfahren der fG einer weniger formgebundenen und deshalb vereinfachten und beschleunigten Rechtsverfolgung, die im Zivilprozeß nur deshalb möglich gemacht werden konnte, weil es dabei um Entscheidungen von geringerer Bedeutung geht. Der Grundgedanke beider Vorschriften ist deshalb zweifellos vergleichbar. Mit Recht kann man deswegen vom § 18 FGG als von einer "dem Grundsatz des Amtsbetriebs angepaßten Parallelvorschrift des § 571 ZPO" sprechen (147). Daran anknüpfend besteht dann aber kein einleuchtender Grund für § 18 Abs. 1 S. 1 FGG, anders als für § 571 ZPO facta supervenientia nicht zuzulassen.

Mit der neueren Meinung soll deshalb hier davon ausgegangen werden, daß § 18 Abs. 1 S. 1 FGG auch für facta supervenientia gilt, mit der Folge, daß deren Geltendmachung auch der Antragspflicht des § 18 Abs. 1 S. 2 FGG und dem Verbot der Abänderung nach § 18 Abs. 2 FGG unterfällt. Gemäß § 18 Abs.1 S. 1 FGG sind also alle von Anfang an ungerechtfertigten (148) und nachträglich nicht mehr als gerechtfertigt anzusehenden (149) Verfügungen innerhalb desselben Verfahrens abänderbar. Die Dauer ihrer Gestaltungswirkung ist in diesem Maße also durch Richterspruch innerhalb desselben Verfahrens begrenzbar.

---

146) So Rothe, aaO, S. 47
147) So wörtlich Bärmann, § 21 III 2
148) Nicht im Sinne von nichtig oder mit formalen Fehlern behaftet
149) Also facta supervenientia und nachträglich bekannt gewordene Tatsachen

(2) In einem neuen Verfahren

Werden in einem neuen Verfahren die gestalteten Rechtsbeziehungen abgeändert, so bedarf es dazu vor allem einer materiell-rechtlichen Befugnis (150). Die verfahrensrechtliche Bestimmung des § 18 Abs. 1 S. 1 FGG berührt über die Begründung einer Verfahrenserweiterung die verfügten materiellen Rechtsbeziehungen auch nur mittelbar. Zur Abänderung selbst bedarf es darüber hinaus materieller Rechtsgrundlagen (151).

Derartige Ermächtigungen sieht das BGB z.B. in den §§ 1696, 1800 Abs. 2 S. 3, 1836 Abs. 1 S. 4, 1884 Abs. 1 S. 2, 1886, 1908 Abs. 3, 1919 - 1921 Abs. 2, 2227 Abs. 1 vor. Auch wenn aus dem Wortlaut dieser Normen gelegentlich der Eindruck entsteht, daß aufgrund dieser Vorschriften die Erstverfügung aufgehoben wird, so liegt das nur an deren ungenauer Formulierung. Diese Folgerung ergibt sich zunächst daraus, daß diesen Änderungsverfügungen auch Beschwerde- oder formell rechtskräftige Erstentscheidungen zugrunde liegen können. Diese Normen knüpfen also nicht an verfahrensrechtliche, sondern an sachlich-rechtliche Voraussetzungen an. Im übrigen wird tatsächlich auch nur der durch die Erstverfügung gestaltete Zustand den veränderten Umständen angepaßt. Wie es z.B. die Spannweite des § 1696 BGB zeigt, geht es nämlich nicht darum, überholte Verfügungen rückgängig zu machen (152), sondern es sind die im Einzelfall geeignesten Regelungen zu treffen. Insgesamt ist deshalb Gegenstand dieser "Änderungs"verfügung eine Neugestaltung der durch die Erstverfügung gestalteten Rechtsbeziehungen.

Darüberhinausgehend ist es heute ein wohl allgemein anerkannter materiell-rechtlicher Grundsatz , daß generell die Möglichkeit besteht, gerichtlich verfügte Maßnahmen mit Dauerwirkung in einem neuen Verfahren abändern zu können, wenn

---

150) So auch die Begründung zum Entwurf des FGG von 1881 S. 27; zitiert bei Schlegelberger, § 18 Anm. 22
151) Vergl. S. 15 u. S. 95
152) Ebenso Bötticher, aaO, JZ 1956/582 (584)

eine veränderte Sachlage es erfordert [153]. Unter diesem Blickwinkel stellen sich die genannten materiellen Abände - rungsbefugnisse sochen gemeinsamen Inhalts wegen als Kon - kretisierung dieses allgemeinen Grundsatzes dar.
Entsprechendes gilt nun auch für die §§ 1382 Abs. 6 BGB, 45 Abs. 4 WEG, 17 Abs. 1 HausratsVO, 17 VHG und 37 Abs. 4 LwVG. Entgegen Rothe, der sie als Verfahrensnormen klassifiziert und sie dem § 18 Abs. 1 S. 1 FGG gleichstellt [154], sind nämlich auch diese Vorschriften Ausfluß dieses allgemeinen materiellen Rechtsgedankens [155]. Gerade diesen Regelungs - streitigkeiten ist immanent, daß die zu treffenden Entschei- dungen schon von der Sache her kaum Endgültigkeit beanspru - chen kann, da die Ermittlung einer möglichst gerechten Syn - these der widerstrebenden Beteiligteninteressen in besonders starkem Maße von den äußeren Umständen abhängig ist. Mit Recht geht deshalb Bötticher [156] davon aus, daß die Rege- lungsstreitigkeiten materiell-rechtlich von vornherein als abänderbar gedacht sind. Folglich ist dann aber die Abände - rungsbefugnis selbst eine materiell-rechtliche Ermächtigungs- norm.
In diesem Sinne ist dann auch das Geltendmachen eines Mangels an dem übereigneten Hausrat [157] eine Inanspruchnahme der materiell-rechtlichen Änderungsbefugnis des § 17 Abs. 1 Haus- ratsVO, denn die Änderung tatsächlicher Verhältnisse umfaßt dort ebenfalls das nachträgliche Bekanntwerden solcher Um - stände [158].
Im Zusammenhang ergibt sich deshalb für die Abänderbarkeit bzw. Aufhebbarkeit der Gestaltungswirkung durch Richterspruch, also für ihre so erreichbare zeitliche Begrenzung, folgendes Bild: Außer durch Rechtsmittel und Rechtsbehelfe kann die Ge-

---

153) Vergl. dazu: Bärmann, § 21 III 3b; Bötticher, JZ 1956/ 582 (584); Habscheid, § 27 III 5; Schlosser,aaO, S.25o; Baur, § 24 C I; Gäbelein, JZ 1955/26o; Rothe,aaO, S.59; Pikart-Henn, aaO, S. 1o3; Keidel,aaO, § 18 Anm. 32; Schlegelberger, § 18 Anm. 22
154) So Rothe, aaO, S. 27,28
155) Ebenso: Bärmann, § 21 III 3a; Habscheid, § 27 III 6a; Schlosser,aaO, S. 25o; Jansen, § 18 Anm. 2 u. 18
156) Bötticher, JZ 1956/582 (586)
157) Vergl. S. 126 Fußn. 122
158) Gleicher Meinung auch Kuhnt, AcP 15o/13o (161)

staltungswirkung einer fG-Entscheidung in demselben Verfahren durch Umgestaltung gemäß § 18 Abs. 1 S. 1 FGG dann abgeändert werden, wenn diese Verfügung von Anfang an ungerechtfertigt ist oder nachträglich nicht mehr als gerechtfertigt anzusehen ist [159] und die Anwendbarkeit des § 18 Abs. 1 S. 1 FGG nicht ausgeschlossen ist. In einem neuen Verfahren kann in die Gestaltungswirkung im Bereich der fG durch richterliche Neugestaltung eingegriffen werden. Voraussetzung dafür ist jedoch das Vorliegen eines der im Verfahren der fG zahlreichen materiell-rechtlichen Spezialnormen des allgemeinen Rechtsgedankens, daß Maßnahmen mit Dauerwirkung bei Änderung entscheidungserheblicher Umstände neugestaltet werden können.

4. Ergebnisse im Hinblick auf die Grenzen der Gestaltungswirkung von privatrechtsgestaltenden fG - Verfügungen

Die Untersuchung der Grenzen der Gestaltungswirkung von privatrechtsgestaltenden Entscheidungen im Bereich der fG führt also zu folgenden Ergebnissen:
Die objektiven Grenzen der Gestaltungswirkung und damit der Gegenstand der Gestaltung von fG-Akten ergibt sich aus dem Tenor der richterlichen Entscheidung, gegebenenfalls durch Auslegung, und aus dem der Gestaltung zugrunde liegenden materiellen Recht.
In subjektiver Hinsicht wurde festgestellt, daß die Gestaltung der fG-Entscheidungen absolut wirkt, daß heißt vor allem, daß jeder die durch die Gestaltung geschaffenen Rechtsbeziehungen anzuerkennen hat. Gerade für den Bereich der fG besteht wegen der besonderen Ausgestaltung des Verfahrens keinerlei Anlaß, die Absolutheit dieser Wirkung einzuschränken und sie etwa zu relativieren.
Die zeitlichen Grenzen der Gestaltungswirkung von fG-Akten lassen sich in einem Grundsatz zusammenfassen, der jedoch

---

159) Vergl. S. 131 unten und die Fußnoten 148, 149

weitgehend durchbrochen werden kann und aus dem Wesen der fG-Sachen auch häufig durchbrochen wird. Danach wirkt die Gestaltung dieser Entscheidung vom Zeitpunkt ihres Wirkungseintritts ohne zeitliche Beschränkung, es sei denn sie ist aufhebbar bzw. abänderbar und wird aufgrund dessen rechtswirksam um- bzw. neugestaltet. Abgesehen von einem Eingriff in die Gestaltungswirkung durch Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse kann die Gestaltungswirkung durch Gesetz, Privatrechtsgeschäft und Richterspruch zeitlich begrenzt werden. Dies geschieht einmal durch Eingriff in den formalen Bestand der zugrunde liegenden fG-Verfügungen, also durch Umgestaltung, im übrigen durch Neugestaltung der durch die Erstverfügung gestalteten Rechtsbeziehungen.

4. KAPITEL: Materielle Rechtskraft und Privatrechtsgestaltung im Verfahren der fG

Als weitere interessante und deshalb in diesem Rahmen darzustellende Auswirkung der gestaltenden fG-Entscheidungen bleibt die materielle Rechtskraft dieser Akte. Ihre Vereinbarkeit mit der Gestaltung durch die Organe der fG soll nun letztes Thema dieser Untersuchung sein. Vorher stellt sich jedoch die Frage nach der Zulässigkeit der materiellen Rechtskraft im Bereich der fG überhaupt.

I. Zulässigkeit der materiellen Rechtskraft im Bereich der fG

Eine grundlegende Erörterung dieser Problematik würde die Thematik dieser Arbeit sprengen. Deshalb soll es hier genügen, den augenblicklichen Streitstand darzustellen und kurz dazu Stellung zu nehmen.

1. Stand der Meinungen

Die Skala der Meinungen über die Zulässigkeit der materiellen Rechtskraft im Bereich der fG geht von grundsätzlicher Ablehnung bis zur uneingeschränkten Zustimmung.
So ging ein Teil der älteren Lehre und Rechtsprechung davon aus, daß der Begriff der materiellen Rechtskraft dem Verfahren der fG grundsätzlich fremd sein müsse [1]. Im Gegensatz zum Zivilprozeß handele es sich im Verfahren der fG nämlich um Entscheidungen, die im wesentlichen im öffentlichen Interesse erlassen würden. Deshalb überwiege das Interesse an einer richtigen Verfügung gegenüber dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit bzw. nach Rechtsfrieden, dem die materielle Rechtskraft nachkomme. Die materielle Rechtskraft sei infolgedessen mit dem Wesen der fG nicht vereinbar.

---

1) So: Unger, ZZP 37/401 (497ff); Münzel, ZZP 66/334 (369); KG in KGJ 32/A 76 (A 80), 45/A 85 (A 92 ff); RGZ 124/ 322 (324); Schlegelberger, 6.Aufl., § 16 Anm. 8; anderer Auffassung dagegen Schlegelberger, § 16 Anm. 8a

Von einem Teil der neueren Lehre und Rechtsprechung wird diese Meinung im Grundsatz geteilt. Ausgenommen wird jedoch der gesamte Bereich der Streitsachen wegen seiner Verwandtschaft zum Zivilprozeß (2). Im einzelnen argumentiert man, daß sich in diesem Verfahren die Beteiligten wie Parteien des Zivilprozesses gegenüberständen, vor allem weil sie dabei um behauptete subjektive Rechte stritten. Wenn deshalb dafür die Zivilprozeßordnung ein dringendes Bedürfnis für eine endgültige Entscheidung konstatiere, dann könne für diesen Bereich der fG nichts anderes gelten.
Ein anderer Teil der älteren Lehre hält dagegen die materielle Rechtskraft im Bereich der fG in der Regel für zulässig (3). Allerdings gibt es nach ihrer Meinung Fälle, in denen die durch die materielle Rechtskraft erzeugte Rechtssicherheit gegenüber einem überwiegenden öffentlichen Interesse an einer absolut richtigen Entscheidung zurücktreten müsse.

Im Gegensatz zu diesen festgelegten Standpunkten vertritt die heute wohl herrschende Lehre und Rechtsprechung eine differenziertere Auffassung. Danach ist wegen der Vielzahl der im Verfahren der fG geregelten Rechtsmaterien von Fall zu Fall zu entscheiden, ob ein Bedürfnis nach Befriedigung oder ein Interesse an einer absolut richtigen Entscheidung überwiegt (4).

2. Eigene Stellungnahme

Dieser herrschenden Meinung ist zu folgen.
Eine völlige Ablehnung der materiellen Rechtskraft ist deshalb zu verneinen, weil ein derart überwiegendes öffentliches

---

2) So: Schlegelberger, § 16 Anm. 8 a; Habscheid, § 28 II 7 u. IV; Jansen, § 31 Anm. 1o; OLG Hamm DNotZ 1953 / 2o1, 2o2
3) Siméon-David, aaO, S. 1o8; Kamm, ZZP 44/84 (112); Siegert, ZZP 54/435 (446 ff)
4) So im Anschluß an die Kammergerichtsrechtsprechung KG in JFG 23/36o (362 ff), KGJ 37/182 (187), 39/41 (45) der BGH in BGHZ 6/248 (258); so auch: Bärmann, § 22 I 3 u. AcP 154/374 (4o8); Hoffmann-Stephan, aaO, § 16 Anm. 1 B; Keidel, aaO, § 31 Anm. 18 mit weiteren Nachweisen unter Fußn. 5; Rothe, aaO, S. 158 mit weiteren Nachweisen unter Fußn. 19; so im Ergebnis wohl auch Baur, § 25

Interesse, immer zu einer richtigen Entscheidung zu gelangen, nicht schlechthin an allen fG-Entscheidungen besteht. Davon ist bereits mehrfach in dieser Untersuchung ausgegangen worden (5). Und in der Tat geht es im Bereich der fG dem Richter auch in vielen Fällen nur darum, den Rechtsfrieden wiederherzustellen.

Aber auch der grundsätzlichen Ablehnung der materiellen Rechtskraft mit einer pauschalen Ausnahme für den Bereich der Streitsachen stehen weitreichende Bedenken entgegen. Wenn nämlich in der Regel die Vertreter dieser Auffassung unter Zitierung des Bundesgerichtshofes (6) daraufhinweisen, daß die Streitsachen "nur" aus Zweckmäßigkeitsgründen dem Verfahren der fG zugewiesen sind, so wird dabei meist nicht genügend berücksichtigt, daß durch diese Zuweisung zunächst einmal grundsätzlich die Verfahrensregeln der fG für anwendbar erklärt werden. Die Entscheidung zugunsten des Verfahrens der fG ist aber vor allem eine Entscheidung zugunsten ihrer charakteristischen Merkmale, wie: Flexibilität, Amtsermittlung und grundsätzliche Abänderbarkeit der Entscheidungen. Durch die Zuweisung der Streitsachen wird nicht etwa ein neues fG-Verfahren begründet, sondern die Streitsachen werden so zu Angelegenheiten im Sinne des § 1 FGG erklärt (7). Von besonderer Bedeutung ist dann aber, daß sie im Grundsatz auch der Abänderungsbefugnis gemäß § 18 Abs. 1 S. 1 FGG unterliegen. Daran ändert auch die Tatsache nichts, daß diese Vorschrift für Streitsachen weitgehend durch Spezialnormen ausgeschlossen ist. Grundsätzlich gilt vielmehr für sie ebenfalls, daß sie von Hause aus in demselben Verfahren nachträglich abänderbar sind. Eine uneingeschränkte Zulassung der materiellen Rechtskraft kann aber sinnvollerweise nur dort geschehen, wo der Bestand der betreffenden Entscheidung innerhalb desselben Verfahrens im Grundsatz unangetastet bleibt. Wie auch Böttticher in anderem Zusammenhang zutreffend betont (8), verbie -

---

5) Vergl. S. 53, 85 u. 86
6) BGH LM 2 zu § 16 FGG Bl. 2; BGHZ 6/248 (254)
7) Siehe dazu ausführlich Schlegelberger, § 12 Anm. 7
8) Böttticher, JZ 1956/582 (586)

tet es die materielle Rechtskraft ja gerade, daß Ergebnis früherer staatlicher Tätigkeit im Interesse der Prozeßöko - nomie und der Verhinderung widersprechender Entscheidungen zu ignorieren. Die grundsätzliche Geltung des § 18 Abs. 1 S. 1 FGG auch für die Streitsachen steht deshalb der pau - schalen Zulassung der materiellen Rechtskraft für Streit - sachen entgegen (9).

Im übrigen ist es vom Sinn und Zweck der materiellen Rechts- kraft her genauso gut denkbar, daß Sachentscheidungen im Verfahren über Streitsachen nicht materiell rechtskräftig werden, wie es umgekehrt nicht zwingend ist, daß nichtstreitige Angelegenheiten keine materielle Rechtskraft erlan - gen (1o). Die materielle Rechtskraft ist nämlich als Institut der Interessenabwägung zugunsten der Rechtssicherheit gegen die materielle Gerechtigkeit überall dort anzuerkennen, wo ein Bedürfnis für die durch sie gewährte Schutzwirkung besteht, es sei denn, im konkreten Einzelfall stehen dem zwingende Gründe der betreffenden Verfahrensordnung entgegen(11). Eine pauschale Zulassung der materiellen Rechtskraft, wenn auch nur für einen Teilbereich der fG, ist deshalb abzu - lehnen.

Daran anknüpfend ist logischerweise erst recht nicht der Auffassung zuzustimmen, die generell für den Bereich der fG die materielle Rechtskraft grundsätzlich für zulässig erachtet (12).

Im Ergebnis beruht vielmehr, wie bereits angedeutet (13), die Anerkennung der materiellen Rechtskraft auf einer Interessen- abwägung. Ihrer Annahme liegen also keine begriffslogischen, sondern rechtspraktische Überlegungen zugrunde (14). Sie orientiert sich an Zweckmäßigkeitserwägungen, an dem Vertrauen der Beteiligten in den Bestand der Entscheidung und an ihrem gerechtfertigten Bedürfnis auf Schutz gegenüber widersprechenden Entscheidungen. Die für diese Abwägung notwendigen Anhaltspunkte können sich für den Bereich der fG wegen

---

9) Ebenso Rothe, aaO, S. 156 ff
1o) So vor allem: Fenge, aaO, S. 68; Reuter, aaO, S.41 u.1o6
11) So auch Fenge, aaO, S. 36
12) Vergl. S. 137, Fußn. 3
13) Vergl. S. 139, 2. Abschnitt
14) So auch Bärmann, § 22 II 3

der Vielfalt der dort eingeordneten Rechtsmaterien aber abschließend nur aus den Einzelgesetzen ergeben [15]. Die Anerkennung der materiellen Rechtskraft im Verfahren der fG muß deshalb einer auf dem Einzelfall fußenden Zweckmäßigkeitsüberlegung entspringen [16]. Dem steht natürlich nicht die Möglichkeit entgegen, anschließend daran nach gemeinsamen Gesichtspunkten bestimmte Fallgruppen festzulegen [17]. Grundsätzlich ist aber mit der herrschenden Meinung davon auszugehen, daß materielle Rechtskraft auch im Bereich der fG dort möglich und nötig ist, wo im Einzelfall ein Bedürfnis nach endgültiger Befriedung in Bezug auf die entschiedene Rechtsfrage besteht.

II. Materielle Rechtskraft und privatrechtsgestaltende fG-Entscheidungen

Wenn also in diesem Kapitel die materielle Rechtskraft in Beziehung gesetzt wird zu der Privatrechtsgestaltung im Verfahren der fG, so gilt das nach dieser Festlegung auf die differenzierende Auffassung sowohl für die einschlägigen Gestaltungsakte in Streitsachen, wie auch für solche in nichtstreitigen Angelegenheiten [18]. Die weitere Untersuchung kann somit unabhängig von dieser Unterscheidung vorgenommen werden. Sie besteht einerseits darin, Stellung zu nehmen zur Rechtskraftfähigkeit von privatrechtsgestaltenden Entscheidungen im Bereich der fG überhaupt und zum anderen darin, klärend zur Frage beizutragen, inwieweit eine Abänderung der Gestaltungswirkung die materielle Rechtskraft der ihr zugrunde liegenden fG-Akte beeinträchtigt.

1. Rechtskraftfähigkeit von privatrechtsgestaltenden fG-Entscheidungen

a) Notwendigkeit von materieller Rechtskraft neben der Gestaltungswirkung

Wenn auch, was bereits dargestellt wurde [19], Gestaltungs-

---

15) Ebenso Rothe, aaO, S. 158
16) Ebenso Bärmann, § 22 I 3
17) Vergl. Bärmann, § 22 III 1; fragwürdig ist hier aber vor allem nach seinen Ausführungen unter § 21 I 3 u. II 3 die pauschale Einordnung der Streitsachen
18) Vergl. Baur, § 25 III; Keidel, aaO, § 31 Anm. 2o
19) Vergl. S. 99 - 1o1

wirkung und Rechtskraftwirkung sowohl in ihren rechtlichen Grundlagen, als auch in bestimmten Auswirkungen differieren, so muß das noch nicht bedeuten, daß sich beide Rechtsinsti - tute nicht auch in gewisser Beziehung überschneiden und deshalb insoweit die materielle Rechtskraft neben der Gestal - tungswirkung der fG-Akte überflüssig ist.

In der Tat wurde die Notwendigkeit der materiellen Rechts - kraft für gestaltende Gerichtsakte überhaupt auch lange Zeit von einem beträchtlichen Teil der Lehre bestritten [20]. Die bestimmungsgemäße Folge eines wirksam gewordenen Gestaltungsaktes sei, so argumentierte man, die Wirkung der Gestaltung für und gegen alle. Um diesen konstitutiven Effekt des Verfahrens zu sichern, bedürfe es keiner erneuten besonderen Bindung des Richters in einem späteren Verfahren. Auch wenn Gegenstand der Entscheidung ein subjektives Recht der Beteiligten auf die Gestaltung sei, so könne dieses Recht keine rechtskräftige Feststellung erlangen, da es durch die Gestaltung verwirklicht und damit zum Erlöschen gebracht werde. Schutz gegen jeden Versuch, den Gestaltungsakt zu ignorieren, biete vielmehr ausschließlich und hinreichend die Gestaltungswirkung als Auswirkung materiell-rechtlicher Normen. Materielles Recht zu beachten, sei nämlich jedermann, also auch jedes Gericht verpflichtet. Somit sei die materielle Rechtskraft durch die Gestaltungswirkung "jeder Aufgabe beraubt, daher inhaltslos und überflüssig" [21].

Folgt man dieser Auffassung, so hat das für den Bereich der fG sehr grundsätzliche Konsequenzen. Schon oben [22] wurde von der Rechtsgestaltung als dem eigentlichen Kern der fG - Entscheidungen gesprochen. Dieser Kernbereich bedürfte dann aber unabhängig von konkreten Einzelfallerwägungen generell nicht der materiellen Rechtskraft.

---

20) So für den Zivilprozeß: Bötticher, Kritische Beiträge, S. 24 ff; Lent, ZZP 61/279; Rosenberg, aaO, § 146 II 2; für das Verfahren der fG; Unger, ZZP 37/401 (495); Reuter, aaO, S. 6; Gäbelein, S. 93; Lorenz, aaO, S. 37; Jansen, 1. Aufl., § 31 Anm. 9

21) So wörtlich Lent, ZZP 61/279 (305)

22) Vergl. S. 42

Doch findet diese Ansicht heute selbst bei ihren früheren Vertretern keine uneingeschränkte Zustimmung mehr [23]. Mit der heute wohl herrschenden Meinung ist vielmehr sehr wohl davon auszugehen, daß die materielle Rechtskraft neben der Gestaltungswirkung eine Aufgabe hat [24]. Gestaltungswirkung bedeutet nämlich nur, daß der durch den Gestaltungsakt veränderte Rechtszustand jedermann bindet, solange er besteht [25]. Sie kann jedoch schon begrifflich keine Neugestaltung, also eine Gestaltung der durch die Erstverfügung geschaffenen Rechtsbeziehungen durch eine inhaltlich abweichende Entscheidung in einem neuen Verfahren, verhindern [26]. Letzteres kann zwar nicht die Tatsache der Erstgestaltung ungeschehen machen, verändert aber nachträglich den Gegenstand der Bindung. Es ist aber gerade Aufgabe der materiellen Rechtskraft, jeden Widerspruch durch inhaltlich abweichende Entscheidungen in einem neuen Verfahren unter den Beteiligten über denselben Verfahrensgegenstand zu verhindern. Sei es, daß sie überhaupt ein neues Verfahren über den unveränderten Entscheidungsgegenstand des alten Verfahrens nicht zuläßt. Sei es, daß ihretwegen der Rechtsfindung der Zweitentscheidung die Erstentscheidung zugrunde gelegt werden muß, weil es sich dabei um eine entscheidungserhebliche Vorfrage handelt und ihre abweichende Beurteilung aufgrund der Rechtskraftwirkung unzulässig ist.

Die materielle Rechtskraft ist also das geeignete Institut, die Gestaltungswirkung insofern zu ergänzen, daß sie den Verfahrensgegenstand des Erstverfahrens vor einer Neugestaltung schützt. Sie ist infolgedessen neben der Gestaltungswirkung weder inhaltslos noch überflüssig, sondern, sobald Rechts -

---

23) Vergl.: Bötticher, F.z. 1oo DJT, S. 511 (517 Fußn. 7 u. S. 538); Rosenberg-Schwab,aaO, § 95 III 2; Lent, Lehrbuch, 3.Aufl., § 18 III u. ZZP 66/267 (283); Jansen, § 31 Anm. 1o

24) So für den Zivilprozeß: Dölle, ZZP 62/281 ff; Baumbach-Lauterbach,aaO, § 322 Anm. 4; Schlosser,aaO, S. 4o6 ff; Blomeyer,aaO, § 94 II; für das Verfahren der fG: Baur, § 25 I 2; Habscheid, § 28 II 2; Bärmann, § 22 II 2 b; Siegert, ZZP 54/435 (446); Rothe,aaO, S. 16o ff; Fenge, aaO, S. 51 ff

25) Vergl. hierzu die Ausführungen auf S. 117, 118, 1oo, 1o1

26) Ebenso: Bärmann, § 22 II 2b; Fenge,aaO, S. 63; Rothe,aaO, S. 162, 163; anderer Auffassung: Lorenz,aaO, S. 41

sicherheit und Rechtsfrieden in Frage stehen, notwendig. So gilt auch für die gestaltenden Entscheidungen der fG, daß dort wo im Einzelfall ein Bedürfnis nach endgültiger Befriedung vorrangig besteht, die fG-Verfügungen materielle Rechtskraft erlangen. Rechtstechnisch enthalten dann diese gestaltenden fG-Akte neben den konstitutiven Elementen die in Rechtskraft erwachsende Feststellung, daß diese Rechtsgestaltung zu Recht erfolgt ist (27). Dabei stört in keiner Weise, daß das Recht auf Gestaltung mit dem Wirksamwerden der Entscheidung erlischt, denn es hat ja für die Zeit, für die es festgestellt wurde, bestanden.
Die materielle Rechtskraft erfüllt also neben der Gestaltungswirkung der privatrechtsgestaltenden fG-Entscheidungen nicht nur eine eigene Aufgabe, sondern ist zudem auch eine Notwendigkeit.

b) Materielle Rechtskraft und privates Gestaltungsrecht

Vielfach wird jedoch von den Autoren, die diese Notwendigkeit einsehen, nur denjenigen gestaltenden fG-Entscheidungen materielle Rechtskraft zugestanden, denen ein privates Gestaltungsrecht zugrunde liegt; denn Gegenstand der Feststellungswirkung könne denknotwendig nur ein subjektives Recht eines Beteiligten gegen den anderen sein (28). Gestützt wird diese Argumentation auf einen Begriff der materiellen Rechtskraft, der von der zivilprozessualen Situation ausgeht. Folglich könnten dann aber nach den im zweiten Kapitel festgestellten materiellrechtlichen Grundlagen der Privatrechtsgestaltung im Bereich der fG schon vom Wesen der materiellen Rechtskraft her nur Entscheidungen in Streitsachen in materieller Rechtskraft erwachsen (29).

---

27) Ebenso: Bärmann, § 22 II 2 b
28) So: Lent, Lehrbuch, 3.Aufl., § 18 III u. ZZP 66/267 (283); Habscheid, aaO, § 28 II 3; Jansen, § 31 Anm. 1o
29) So deshalb auch: Habscheid, § 28 II 7 u. IV; Jansen, § 31 Anm. 1o

Ein materielles Privatrecht zur generellen Voraussetzung der Rechtskraftfähigkeit von Gerichtsakten zu erklären, wird zunehmend aber selbst im Zivilprozeß vermieden [30]. Mit dieser Voraussetzung ist nämlich schon der Ausgangspunkt für die Beurteilung der Zulassung der materiellen Rechtskraft verfehlt [31]. Wie bereits ausgeführt [32] und wie auch Bärmann ausdrücklich feststellt [33], beruht die Annahme der materiellen Rechtskraft nicht auf begriffslogischen, sondern auf rechtspraktischen Überlegungen. Ob sie zum Schutz gegen widersprechende Entscheidungen zu bejahen ist, hängt grundsätzlich ab von dem aus dem Einzelfall zu ermittelnden Vorrang der Endgültigkeit der Entscheidung im Interesse des Rechtsfriedens und der Rechtssicherheit vor dem Gebot der Gerechtigkeit, stets sachlich richtige Entscheidungen zu ermöglichen. Die solcher Zweckmäßigkeitsüberlegungen entsprungene Interessenabwägung hat also auch die zugrunde liegende Rechtsmaterie zu berücksichtigen, jedoch nur insoweit, wie es zur Feststellung eines Bedürfnisses nach Fixierung der Rechtsbeziehungen nötig ist. Gleichgültig ist dabei die materielle Verteilung der Legitimationen in Bezug auf die zu erlassende Entscheidung, da alleiniger Bezugspunkt des Schutzbedürfnisses das auf der zugrunde liegenden Norm beruhende Ergebnis der richterlichen Tätigkeit, also die Entscheidung gemäß ihrem Inhalt ist [34]. Allein aus ihrem Inhalt läßt sich nämlich die rechtspraktische Frage nach dem Bedürfnis der Endgültigkeit von der Sache her beurteilen. Besteht ein derartiges Bedürfnis, so ist die materielle Rechtskraft zu bejah-en. Im übrigen ist sie zu verneinen. Weitere Anforderungen an die Zulassung zu stellen, würde die materielle Rechtskraft in ihrer Befriedungsfunktion ungerechtfertigt einschränken.

Wenn im übrigen durch dieses Institut in materieller Rechtskraft erwachsend festgestellt wird, daß die Privatrechtsgestaltung zu Recht ergangen ist, so heißt das ja auch ledig -

---

30) Vergl. Schlosser,aaO, S. 366 ff u. 4o6 ff
31) Ebenso Fenge,aaO, S. 29 u. 66
32) Vergl. S. 139 unten
33) Bärmann, § 22 II 3
34) Ebenso: Rothe,aaO, S. 164; Böttticher, JZ 1956/585 (586)

lich, daß für ein Zweitverfahren bindend feststeht, daß diese Gestaltung entsprechend ihrer materiell-rechtlichen Grundlage ergangen ist. Wie diese Grundlage dagegen für die Privatrechtsgestaltung im Verfahren der fG im Einzelfall beschaffen sein kann, zeigen die Ergebnisse des zweiten Kapitels [35,36].

Unabhängig von etwa zugrunde liegendem subjektiven Privatrecht erwachsen also privatrechtsgestaltende fG-Entscheidungen in materieller Rechtskraft, wenn es zweckmäßig ist, das heißt wenn sich aus einer auf den Entscheidungsinhalt bezogenen Prinzipienabwägung ergibt, daß ein Bedürfnis nach Schutz gegen widersprechende Entscheidungen besteht.

2. Abänderbarkeit der Gestaltungswirkung und materielle Rechtskraft

Als Folge der oben festgestellten weitgehenden Abänderungsmöglichkeiten der Gestaltungswirkung der fG-Akte [37], taucht nun in diesem Zusammenhang die Frage auf, wie sich diese Abänderungsmöglichkeiten mit der materiellen Rechtskraft vereinbaren, denn auch abänderbare fG-Entscheidungen erwachsen in materieller Rechtskraft.
Einschränkend ergibt sich zunächst aus dem Begriff der materiellen Rechtskraft, daß die Bereiche der gesetzlichen und rechtsgeschäftlichen Abänderungsmöglichkeiten die Rechtskraftfähigkeit einer Entscheidung nicht berühren, denn die materielle Rechtskraft sichert nur die Maßgeblichkeit des Inhalts einer richterlichen Entscheidung in einem neuen gerichtlichen oder behördlichen Verfahren. Mit der materiellen Rechtskraft in Konflikt geraten können hier also nur die Abänderungen aufgrund Richterspruchs.
Dafür erscheint es jedoch im Anschluß an die oben über diese Abänderungsmöglichkeit gewonnenen Erkenntnisse [38] angebracht zu differenzieren, ob die Abänderungsverfügungen in

---

35) Vergl. S. 95
36) Im Ergebnis wohl ebenso: Bärmann, § 22 III 3
37) Vergl. S. 12o ff
38) Vergl. S. 127/128

demselben oder in einem neuen Verfahren ergeht.

a) Abänderbarkeit in einem neuen Verfahren

Die Abänderbarkeit der Gestaltungswirkung in einem neuen Verfahren, also die abweichende richterliche Neugestaltung, ist möglich ausschließlich aufgrund materiell rechtlicher Normen (39). Deshalb könnte man der Auffassung sein, daß diese Vorschriften mit ihrer Änderungsermächtigung eine materiellrechtliche Durchbrechung des Prinzips der materiellen Rechtskraft begründen (40). Dann müßten diese Vorschriften aber den Anwendungsbereich der materiellen Rechtskraft überschneiden.

In der Sache schließt diese Rechtskraftwirkung jedoch lediglich ein neues Verfahren der Beteiligten über denselben Verfahrensgegenstand aus. Wenn nun auch die Meinungen allgemein zum Verfahrensgegenstand weitgehend uneinheitlich sind (41), so gilt doch heute einhellig, daß der Verfahrensgegenstand nicht aus einer abstrakten Rechtsfrage besteht, sondern daß er einen bestimmten Sachverhalt umfaßt, aus dem sich die zu entscheidende Rechtsfrage ergibt. Somit kann die Rechtskraftwirkung aber auch nur verhindern, daß bei gleichbleibendem Sachverhalt dieselbe Rechtsfrage in einem neuen Verfahren noch einmal geprüft wird (42), wobei sich der Sachverhalt aus allen im Zeitpunkt der ersten Entscheidung objektiv vorhandenen Tatsachen ergibt. Ändern sich deshalb nach Erlaß der Erstentscheidung die tatsächlichen Verhältnisse, dann hat ein darauf neu eingeleitetes Verfahren einen anderen Verfahrensgegenstand. Die hier in Frage stehenden materiell-rechtlichen Abänderungsnormen betreffen aber allesamt gerade den Fall der Berücksichtigung nachträglicher Veränderungen der Verhältnisse. Die materielle Rechtskraft kann folglich den aufgrund dieser Normen eingeleiteten neuen Verfahren schon wegen ihrer sachlichen

---

39) Vergl. S. 132 ff
40) So deshalb auch: Baur, § 25 II 1; Keidel, aaO, § 18 Anmerkung 34
41) Vergl. dazu ausführlich, Habscheid, aaO, Der Streitgegenstand, S. 18 - 98
42) eadem res, eadem quaestio

Grenzen nicht entgegenstehen [43]. Die materiell-rechtlichen Abänderungsnormen berühren vielmehr den Anwendungsbereich der materiellen Rechtskraft garnicht.
Dieser Auffassung wirft nun Rothe vor [44], daß sie sich dadurch, daß sie die materielle Rechtskraft nur "unter dem Vorbehalt gleichbleibendem Sachverhalts" anerkenne, in Gegensatz zum zivilprozessualen Rechtskraftbegriff setze. Dieser Vorwurf ist jedoch nicht recht einzusehen, denn auch im Zivilprozeß wird das Geltendmachen von nachträglich veränderten tatsächlichen Verhältnissen nach Eintritt der materiellen Rechtskraft zugelassen, weil dies außerhalb der Anwendungsgrenzen der Rechtskraftwirkung liegt [45].
Insgesamt begründen deshalb diese materiell-rechtlichen Abänderungsermächtigungen keine Durchbrechung des Prinzips der materiellen Rechtskraft, weil sie den Funktionsbereich dieser Rechtskraftwirkung garnicht berühren. Es handelt sich vielmehr hierbei mit Böttticher [46] schlicht um Normen "materiell-rechtlicher Abänderbarkeit", die allein an bestimmte Sachvoraussetzungen geknüpft sind, also auf deren materieller Grundlage stets ein neues selbständiges Verfahren eröffnet werden kann.

b) Abänderbarkeit in demselben Verfahren

Die Tatsache, daß es hier um ein und dasselbe Verfahren geht, wirft, bevor an eine Beeinträchtigung der materiellen Rechtskraft durch verfahrensbedingte Abänderungsmöglichkeiten zu denken ist, zunächst einmal die Frage auf, welche Vorausssetzungen nötig sind, damit eine fG-Entscheidung überhaupt in materieller Rechtskraft erwächst.
Neben den bisher dargestellten inneren Voraussetzungen des Schutzbedürfnisses der betreffenden Entscheidung sind äußere Voraussetzungen für die Zulassung der materiellen Rechtskraft

---

43) Ebenso: Bärmann, § 22 I 4 c; Habscheid, § 27 III 6; Jansen, § 18 Anm. 2
44) Rothe, aaO, S. 178
45) So Rosenberg-Schwab,aaO, § 156 I; Schönke-Kuchinke,aaO, § 75 III 2a; Lent-Jauering, ZPR,§ 63 V 1; Blomeyer,aaO, § 9o III
46) Böttticher, JZ 1956/582 (586)

die formelle Rechtskraftfähigkeit der Entscheidung und ihre Unabänderbarkeit kraft Verfahrensrecht [47]. Diese Rechtsinstitute sind zu differenzieren, da sie völlig voneinander unabhängige und selbständige Grundsätze des Verfahrensrechts zum Gegenstand haben [48]. Wenn nämlich auch beide den Bestand der Entscheidung im selben Verfahren gegen Aufhebung und Abänderung schützen, so geschieht das doch auf ganz verschiedenen Ebenen. Während die Unabänderbarkeit den iudex a quo einschränkt, gewährt die formelle Rechtskraft Bestandschutz gegenüber dem iudex adquem. Dabei bedingen außerdem diese Grundsätze einander in keiner Weise. So wie es Entscheidungen gibt, die schon unabänderbar, aber noch nicht formell rechtskräftig sind [49], gibt es solche, die schon formell rechtskräftig, aber noch abänderbar sind [50]. Schließlich beruht der Eintritt der formellen Rechtskraft genauso auf eigenen rechtlichen Grundlagen [51], wie der Eintritt der Unanfechtbarkeit [52].
Beide, und das ist in diesem Zusammenhang von Bedeutung, erstrecken sich aber auf dasselbe Verfahren. Sie ergänzen sich sozusagen und bewirken die Endgültigkeit der Entscheidung in dem betreffenden Verfahren. Da es aber nur sinnvoll und zweckmäßig ist, endgültige Entscheidungen eines Verfahrens vor Widerspruch in einem neuen Verfahren zu schützen, sind beide logische äußere Voraussetzungen für die Zulassung der materiellen Rechtskraft. Im übrigen fiele auch die Bedürfnisprüfung als innere Voraussetzung jeweils negativ aus, solange die Entscheidung laut Gesetzgeberwillen im selben Verfah-

---

47) So ausführlich und mit weiteren Literaturnachweisen Rothe,aaO, S. 12o; ebenso: Bärmann, § 22 II 1; Jansen, § 18 Anm. 3 u. § 31 Anm. 1o
48) So ausführlich und mit Auseinandersetzung der Gegenmeinungen Rothe,aaO, S. 122 ff
49) So § 18 Abs. 2 FGG
50) Wie bei durch Gesetz unanfechtbaren Verfügungen, durch Verzicht oder Verwirkung der einfachen Beschwerde unanfechtbar gewordenen Verfügungen, facta supervenientia bei einer auf eine weitere einfache Beschwerde ergangenen Verfügung
51) Nämlich auf der Unanfechtbarkeit mit Rechtsmitteln
52) Nämlich auf den §§ 18 Abs. 2, 44 a Abs. 2 S. 2, 44 b Abs. 2 S. 2, 55, 56 a Abs. 1 S. 2 2.Halbs., 67 Abs. 3 2.Halbs. FGG

ren noch abänderbar bzw. anfechtbar ist [53].
Ist so aber die Unabänderbarkeit kraft Verfahrensrechts Voraussetzung für den Eintritt der materiellen Rechtskraft, dann kann die Änderung der Gestaltungswirkung durch fG-Akt in demselben Verfahren niemals mit ihr in Konflikt geraten. Solange also die Anwendung des § 18 Abs. 1 S. 1 FGG möglich ist, ist vielmehr die Entscheidung keiner materiellen Rechtskraft fähig.
Wenn dieses Ergebnis auch übereinstimmt mit den Äußerungen einschlägiger Autoren [54], so bedarf es doch einer Einschränkung. Nach dem oben Ausgeführten [55] gilt § 18 Abs. 1 S. 1 FGG auch fur facta supervenientia. Mit Recht, wenn auch im Einzelfall ohne nähere Begründung, weist nun Rothe [56] daraufhin, daß die Abänderbarkeit aus § 18 Abs. 1 S. 1 FGG wegen facta supervenientia kein Zulassungskriterium für die materielle Rechtskraft sein kann. Das gilt für die Entscheidungen, die mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar sind, schon aus § 18 Abs. 2 FGG. Es gilt aber ebenso für die mit der einfachen Beschwerde anfechtbaren Entscheidung [57]. Aufgrund ihrer Abwehrfunktionen nach außen ist es zwar nur sinnvoll und zweckmäßig, die materielle Rechtskraft zuzulassen, wenn der Bestand der Entscheidung nach innen, also im Erstverfahren gesichert ist. Da aber die Abänderungsbefugnis wegen facta supervenientia erst in dem Augenblick gegeben ist, in dem sich die tatsächlichen Verhältnisse geändert haben, muß ohne weiteres bis dahin der Bestand der Erstentscheidung nach innen als sicher gelten, wenn ansonsten Unabänderbarkeit unf formelle Rechtskraft vorliegen. Es besteht also, wenn sonst alle Voraussetzungen vorliegen, keine Veranlassung, der Entscheidung vor Eintritt der facta supervenientia die materielle Rechtskraft zu verwehren. Im Gegenteil würde dem Miteinbeziehen dieses zukünftigen ungewissen Ereignisses in die

---

53) Vergl. S. 138/139
54) Vergl. Bärmann, § 21 III 2 u. 3 u. § 22 II 1; Jansen, § 18 Anm. 3 u. § 31 Anm. 1o
55) Vergl. S. 129 ff
56) Rothe,aaO, S. 12o, 174, 176 ff
57) Siehe das Beispiel Rothe,aaO, S. 177

äußeren Zulassungsvoraussetzungen ein im Einzelfall sachlich gerechtfertigtes Schutzbedürfnis der Beteiligten vor widersprechenden Entscheidungen entgegenstehen. Die Abänderbarkeit gemäß § 18 Abs. 1 S. 1 FGG wegen facta supervenientia muß deshalb aus dem sonstigen Bereich der Unabänderbarkeit aus Verfahrensrecht als äußere Voraussetzung für die Zulassung der materiellen Rechtskraft herausgenommen werden.
Das bedeutet nun aber nicht, daß dann, wenn die Abänderungsbefugnis wegen facta supervenientia nach Eintritt der materiellen Rechtskraft aus § 18 Abs. 1 S. 1 FGG entsteht, die materielle Rechtskraft der zugrunde liegenden Entscheidung durch § 18 Abs. 1 S. 1 FGG durchbrochen wird. Diese Annahme würde wiederum den Wirkungsbereich der materiellen Rechtskraft verkennen. Sie soll die Beteiligten vor widersprechenden Entscheidungen über denselben Verfahrensgegenstand in einem neuen Verfahren schützen. Der § 18 Abs. 1 S. 1 FGG ermächtigt jedoch lediglich zu einer abändernden Entscheidung in demselben Verfahren. Vor allem ist Grundlage dieser Zweitentscheidung aber eine nachträglich veränderte Sachlage, also ein neuer Verfahrensgegenstand (58). Die Abänderbarkeit aus § 18 Abs. 1 S. 1 FGG wegen facta supervenientia steht also ebenfalls außerhalb des Funktionsbereichs der materiellen Rechtskraft. Dies läßt es zunächst nicht nur dogmatisch als vertretbar erscheinen, daß die fG-Entscheidungen unabhängig von einer Abänderungsmöglichkeit aus § 18 Abs. 1 S. 1 FGG wegen facta supervenientia in materieller Rechtskraft erwachsen. Vor allem gewährleistet es auch, daß das Institut des § 18 Abs. 1 S. 1 FGG insgesamt niemals mit der Rechtskraftwirkung in Konflikt geraten kann. Bei diesem Rechtsinstitut handelt es sich vielmehr um eine eigenständige verfahrensrechtliche Abänderungsbefugnis in Form eines Rechtsbehelfs neben dem Wirkungsbereich der materiellen Rechtskraft.
Auch diese Feststellung bestätigt also, daß dort, wo im Rahmen der fG materiell rechtskräftige Privatrechtsgestaltung

---

58) Vergl. S. 169 u. S. 146

abgeändert werden kann, die materielle Rechtskraft der zu - grunde liegenden Entscheidung nicht durchbrochen wird, son - dern ausschließlich die Möglichkeit eröffnet wird, außerhalb der Rechtskraftwirkung aus materiellem Recht oder aus Verfahrensrecht eine Änderung herbeiführen zu können.

III. Zusammenfassung der Ergebnisse dieses Kapitels

Grundsätzlich wurde festgestellt, daß das Rechtsinstitut der materiellen Rechtskraft nicht nur im Bereich der fG überhaupt, sondern auch neben den privatrechtsgestaltenden fG-Entschei - dungen seine Bedeutung hat.
Im Bereich der fG an sich findet die materielle Rechtskraft deshalb ihren Platz, weil es auch dort Entscheidungen gibt, die eines Schutzes vor widersprechenden Entscheidungen be - dürfen. Wann diesem Bedürfnis nach endgültiger Befriedung der Vorrang zu geben ist vor dem Interesse an einer jeweils richtigen Entscheidung, ist von Fall zu Fall unter Berücksichti - gung aller Gesichtspunkte, die sich aus der Entscheidung gemäß ihres Inhalts dafür ergeben, und unter Abwägung der Zweckmäßigkeit zu entscheiden.
Auch neben der Gestaltungswirkung hat die Rechtskraftwirkung ihre Aufgabe, da sie aufgrund ihrer Befriedungsfunktion ab - schließend feststellt, daß die Privatrechtsgestaltung zu Recht ergangen ist. Das bedeutet aber nicht, daß dadurch notwendigerweise ein privates Gestaltungsrecht festgestellt würde. Als Zweckschöpfung setzt die materielle Rechtskraft das Zugrundeliegen eines subjektiven Privatrechts nicht voraus. Vielmehr bedeutete ein derartiges Zulassungskriterium eine ungerechtfertigte Einschränkung des Wirkungsbereichs der materiellen Rechtskraft. Notwendig ist nur, daß die materielle Rechtskraft neben der Gestaltungswirkung eine eigene Funktion erfüllt. Das geschieht aber in dem Maße, wie sie die privat - rechtsgestaltende fG-Entscheidung gegen den Widerspruch in einem neuen Verfahren dadurch schützt, daß sie abschließend

feststellt, sie sei zu Recht ergangen.
Auch die weitgehende Abänderbarkeit der Gestaltungswirkung durch fG-Akt steht der Zulassung der materiellen Rechts - kraft in den betreffenden Einzelfällen nicht entgegen. Zu - nächst ist nämlich die Unabänderbarkeit der Entscheidung in demselben Verfahren äußere Zulassungsvoraussetzung für die materielle Rechtskraft. Die dann noch möglichen Abänderungs- befugnisse beruhen aber auf facta supervenientia und berüh - ren deshalb, auch wenn sie die Änderung einer materiell rechtskräftigen Entscheidung oder ihrer Entscheidungswirkun- gen zulassen, nicht den Schutzbereich der Rechtskraftwirkung. Sie sind vielmehr eigenständige materiell- oder verfahrens - rechtliche Abänderungsbefugnisse.

L E B E N S L A U F

Am 5.1.1945 wurde ich als Sohn des Kaufmanns Max Schmidt und seiner Frau Amalie in Falkenstein/Vogtl. geboren. Von 1951 bis 1955 besuchte ich eine Volksschule in Kettwig/Ruhr und im Anschluß daran das dortige neusprachliche Theodor-Heuss - Gymnasium.

Nachdem ich dort am 4.3.1964 das Abitur bestanden hatte, begann ich im Sommersemester 1964 an der Westfälischen-Wilhelms-Universität in Münster mit dem Studium der Betriebswirtschaftslehre und der Rechtswissenschaften.

Vom Wintersemester 1965 an studierte ich im Hauptstudium Rechtswissenschaften und bestand am 12.4.1969 vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Hamm die erste juristische Staatsprüfung. Meine Referendarausbildung erhielt ich von 1969 bis 1973 bei verschiedenen Gerichten und Behörden im Oberlandesgerichtsbezirk Hamm. Am 28.9.1973 bestand ich vor dem Landesjustizprüfungsamt in Nordrhein-Westfalen die zweite juristische Staatsprüfung.

Seit November 1973 bin ich als Jurist bei einer westdeutschen Bank tätig.